Der Begriff der Ausführungshandlung in den §§ 43 und 47 StGB.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät

der Universität Rostock

vorgelegt von

Alfred Hönscheidt,

aus Essen.

Rostock i. M.

Ww. H. Winterbergs Buchdruckerei.

1929.

Referenten: Die Herren Geh. Justizrat Professor Dr. Wachenfeld †
und Professor Dr. Erik Wolf.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen lieben Eltern
in Dankbarkeit gewidmet!

Literaturverzeichnis.

I. Lehrbücher, Kommentare 2c.

Allfeld: Lerbuch des deutschen Strafrechts. Leipzig-Erlangen 1922.

Aschrott-Kohlrausch: Reform des Strafrechts. Berlin 1926.

v. Bar: Gesetz und Schuld im Strafrecht, Bd. 2. Berlin 1907.

v. Bar: Zur Lehre vom Versuch und Teilnahme am Verbrechen. Hannover 1859.

Bauke: Rechtswissenschaftliche Untersuchungen. 1897. S. 209—244.

Baumgarten: Die Lehre vom Versuch der Verbrechen. Stuttgart 1888.

Benthin: Die Scheidung zwischen Mittäterschaft und Beihilfe. Diss. Rostock. 1913.

Beling: Grundzüge des Strafrechts. Tübingen 1920 und 1928.

Berner: Lehrbuch des deutschen Strafrechts. Leipzig 1879.

Berner: Die Lehre von der Teilnahme am Verbrechen. Berlin 1847.

Binding: Handbuch des Strafrechts. Bd. 1. Leipzig 1885.

Binding: Der umgekehrte Irrtum. Ger. S. Bd. 85.

Binding: Die Normen und ihre Übertretung Bd. 1.

Birkmeyer: Die Lehre von der Teilnahme und die Rechtsprechung des Deutschen Reichsgerichts. Berlin 1890.

Birkmeyer: Teilnahme am Verbrechen, in: Vergleichende Darstellungen des deutschen und ausländischen Strafrechts. A II.

Borchert: Die strafrechtliche Verantwortung für Handlungen Dritter. Berlin 1888.

v. Buri: Zur Lehre von der Teilnahme am Verbrechen und der Begünstigung. 1860.

v. Buri: Über Kausalität und deren Verantwortung. Leipzig. 1873.

v. Buri: Beiträge zur Theorie des Strafrechts und zum Strafgesetzbuche. Leipzig 1894.

v. Buri: Versuch und Kausalität. Ger. S. Bd. 32.

v. Buri: Über Kausalität und Teilnahme, in Zeitschr. f. d. ges. Strafrechtswiss. Bd. 2.

Delaquis: Der untaugliche Versuch. Berlin 1904.

Graf zu Dohna: Der Versuch in Reform des Strafrechts, Berlin-Leipzig 1926.

Eisenmann: Zeitschrift f. d. ges. Strafrechtswiss. Bd. 13.
Finger: Lehrbuch des deutschen Strafrechts I. Berlin 1904.
Finger: Der Versuch und der Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch, in d. Festschrift für Karl Binding.
Frank: Das Strafgesetzbuch f. d. Deutsche Reich. 16. Auflage Tübingen 1925, ferner 17. Auflage Tübingen 1926.
Frank: Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts. A V.
Gerhold: Die Begriffsbestimmung der Mittäterschaft und Beihilfe. Diss. Würzburg 1922.
Goetz: Grenzziehung zwischen Mittäterschaft und Beihilfe. Breslau 1910.
Grünhut: Begriffsbildung und Rechtsanwendung im Strafrecht, in Recht und Staat. Tübingen 1926.
Hälschner: Das gemeine deutsche Strafrecht. Bonn 1881.
Heffter: Lehrbuch des gemeinen deutschen Criminalrechts. 3. Auflage 1846.
Henke: Handbuch des Criminalrechts und der Criminalpolitik. I. Teil. 1823.
Holtzendorff: Enzyklopädie der Rechtswissenschaft, herausgegeben von J. Kohler, Bd. 2, 1904.
Horn: Der Versuch, in Zeitschr. f. d. ges. Strafrechtswissenschaft. Bd. 20.
Kohler: Studien aus dem Strafrecht. I Mannheim 1890.
Kohler: Leitfaden des deutschen Strafrechts. Leipzig 1912.
Köhler: Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil, Lehrbuch, Leipzig 1917.
Köstlin: Neue Revision der Grundsätze des Kriminalrechts, Bd. A und B 1845.
Kremer: Vorbereitung und Versuch. Diss. Würzburg 1923.
Krug: Die Lehre vom Versuch des Verbrechens. 1854.
Lammasch: Das Moment objektiver Gefährlichkeit im Begriff des Verbrechensversuchs. Berlin 1901.
Langenbeck: Die Lehre von der Teilnahme am Verbrechen. 1868.
Laub: Der Begriff der Ausführungshandlung. Diss. Heidelberg 1922.
Liepmann: Einleitung in das Strafrecht. Berlin 1900.
v. Liszt: Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 24. Aufl. Berlin-Leipzig 1922.
v. Liszt-Schmidt: Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 25. Aufl. 1927.

Loening: Grundriß zu Vorlesungen über deutsches Strafrecht. Frankfurt 1885.

Luden: Abhandlungen aus dem gemeinen deutschen Strafrecht Bd. 1.

Luden: In der Lehre vom Versuch des Verbrechens.

Mayer, M. E.: Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts. Lehrbuch. Heidelberg 1923.

Mayer, M. E.: In der deutschen Juristenzeitung. Jahrg. VII.

Meyer, H.: Lehrbuch des deutschen Strafrechts. Erlangen 1875.

Meyer, H.: Der Anfang der Ausführung. Tübingen 1892.

Merkel: Juristische Enzyklopädie. 1885.

Mezger: Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände, in der Festschrift für Ludwig Traeger. Berlin 1926.

Mittermaier: Ger. S. Bd. 11.

Oetker: Zeitschrift f. d. ges. Strafrechtswissenschaft. Bd. 17.

Ohmstede: Die Lehre der Teilnahme und die Strafrechtsreform. Diss. Jena 1923.

Olshausen: Kommentar zum Strafgesetzbuch f. d. Deutsche Reich. 10. Aufl. Berlin 1916.

Oppenhoff: Das Strafgesetzbuch f. d. Deutsche Reich. 13. Aufl. 1896.

Ortmann: Ger. S. 26 und 28.

Pfaff: Der Strafrechtliche Begriff „Anfang der Ausführung" in der Lehre vom Versuch. Diss. Rostock 1921.

Redslob: Versuch und Vorbereitung. Breslau 1908.

Riesenfeld: Wie scheiden sich Mittäterschaft und Beihilfe. Diss. Rostock 1902.

Rubo: Kommentar über das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. Berlin 1879.

Schering: Der Unterschied von Vorbereitung und Versuch. Diss. Würzburg 1921.

Schüler: Der Mangel am Tatbestand. Breslau 1914

v. Schwarze: Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. Leipzig 1871.

Senf: Vorbereitung und Versuch, Ger. S: Bd. 67.

Seuffert: Mitteilungen der internationalen krim. Vereinigung Bd. 10.

Thon: Festrede, gehalten in der Univ.-Kirche zu Jena zur akademischen Preisverteilung. Jena 1894.

Wachenfeld: Lehrbuch des deutschen Strafrechts. München 1914.

Wachenfeld: Mittelbare Täterschaft und doloses Werkzeug, i. d. Zeitschr. f. d. ges. Strafrechtswiss. Bd. 40.
Wahlberg: Zeitschr. f. d. ges. Strafrechtswiss. Bd. 2.
v. Wächter: Beilagen zu Vorlesungen über das deutsche Strafrecht. Leipzig 1881.
v. Wächter: Lehrbuch des römisch-teutschen Strafrechts. I. Teil. Stuttgart 1825.
Walter: Die mittelbare Täterschaft. Diss. Heidelberg 1922.
v. Weber: Rechtssicherheit und Tatbestandsbildung in der Strafrechtsreform, Sonderdruck aus der Prager juristischen Zeitschrift, Heft II. VII. Jahrgang.
Wegner: Teilnahme in „Reform des Strafrechts" S. 102. Berlin-Leipzig 1926.
Wolf, E.: Strafrechtliche Schuldlehre I. Mannheim 1928.

II. Zeitschriften etc.

Deutsche Juristen-Zeitung. Jahrg. IV und VII.
Der Gerichts-Saal (Ger. S.) Bde. 11, 26, 28, 32, 37, 67, 85.
Zeitschrift für die gesamte Straftrechtswissenschaft Bde. 2, 13, 20, 40.
Mitteilungen der Internationalen Kriminalistischen Vereinigung Bd. 10.
Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts A II und A V.

III. Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen. (R. G. E.)

Band 1, 2, 3, 9, 15, 17, 24, 26, 33, 34, 52.

IV. Entwürfe.

Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch nebst Begründung, bearbeitet von der hierzu bestellten Sachverständigen-Kommission, Berlin 1909.
Gegenentwurf zum Vorentwurf eines Deutschen Strafgesetzbuchs nebst Begründung, aufgestellt von Dr. W. Kahl, Dr. K. von Lilienthal, Dr. F. von Liszt, Dr. J. Goldschmidt. Berlin 1911.
Entwürfe zu einem Deutschen Strafgesetzbuch, Berlin 1921.
1. Teil: Entwurf der Strafrechts-Kommission 1913.
2. Teil: Entwurf von 1919.
Amtlicher Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches nebst Begründung, Berlin 1925.
Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches nebst Begründung, Berlin 1927.

Inhaltsverzeichnis.

			Seite
I. Problemstellung	§	1	10
II. Allgemeines über den Begriff „Ausführung"	§	2	11
III. Geschlichtlicher Überblick	§	3	15
IV. Die subjektive Theorie			
a) in der Versuchslehre	§	4	16
b) in der Lehre von der Teilnahme			
1. Die Interessentheorie	§	5	22
2. Die Dolustheorie	§	6	23
V. Die objektive Theorie			
a) in der Versuchslehre	§	7	27
b) in der Lehre von der Teilnahme	§	8	32
VI. Die vermittelnden Theorien			
a) Die Theorien von Loening, Bauke und Horn	§	9	34
b) Ansicht des Verfassers, Ergebnis	§	10	36
VII. Der Begriff der Ausführung in der Versuchs- und Teilnahmelehre in den Entwürfen bis 1925			
a) Der Vorentwurf von 1909	§	11	39
b) Der Gegenentwurf 1911	§	12	40
c) Die Entwürfe von 1913 und 1919	§	13	41
d) Der Entwurf von 1925	§	14	42
VIII. Die Ausführungshandlung im Entwurf 1927	§	15	44

I. Problemstellung.

§ 1.

Bei der Behandlung der Aufgabe „Begriff der Ausführung" wird man notwendig auf die §§ 43 und 47 StGB. gedrängt. Es sind dies die beiden einzigen Stellen, in denen das Gesetz von „Ausführung" spricht. Eine nähere Erklärung resp. Definition wird diesem Begriffe nicht hinzugefügt. Man sollte daher annehmen, daß nach Ansicht des Gesetzgebers der Begriff ein allgemein feststehender ist. Ein Blick in die umfangreiche Literatur zeigt aber gerade das Gegenteil. Nicht oft ist in Wissenschaft und Praxis ein derart erbitterter Streit wie gerade hierüber entbrannt.

Es sind hauptsächlich zwei Gruppen von Meinungen (von den zahlreichen vermittelnden Ansichten mag hier einmal abgesehen werden), die sich diametral gegenüberstehen und sich auf das heftigste befehden, die Subjektivisten auf der einen, die Objektivisten auf der anderen Seite.

Der Streit um das Wort „Ausführung" wird verständlich, wenn man die eminent wichtige Bedeutung, die diesem Begriff im Strafrecht überhaupt zukommt, in Betracht zieht. Es ist unbedingt notwendig, daß jeder Strafrechtler, mag er nun Wissenschaftler oder Praktiker sein, zu dem Streit Stellung nimmt, wobei er gezwungen sein wird, sich im großen und ganzen mehr der einen oder der anderen Theorie anzuschließen.

Zwei Fragen sind es, in deren Beantwortung sich der Streit um das Wort „Ausführung" konzentriert. Einmal herrscht Uneinigkeit darüber, wo im konkreten Fall eine Vorbereitungshandlung beendet ist, wo mithin der Versuch beginnt, oder, um es anders auszudrücken, ob im konkreten Fall lediglich eine Vorbereitungshandlung gegeben ist oder ob bereits eine Ausführungshandlung, d. h., eine strafbare Handlung vorliegt. Ferner streitet man über das ausschlaggebende Moment einer richtigen Abgrenzung der Täterschaft (Mittäterschaft) und der Beihilfe. Eine Beantwortung dieser Fragen wird immer davon abhängen, wie man das Wort „Ausführung" auslegt.

Es ist daher eine lohnende Aufgabe, den Streit der Meinungen mit allen seinen praktischen Konsequenzen eingehend zu beleuchten und im Anschluß daran die Ansicht zu entwickeln, die unseres Erachtens die richtige ist.

II. Allgemeines über den Begriff „Ausführung".

§ 2.

Wie bereits in der Einleitung angedeutet wurde, begegnet uns der Begriff „Ausführung" im Strafrecht zuerst im § 43 I StGB. Der § 43 I StGB. lautet: „Wer den Entschluß, ein Verbrechen oder Vergehen zu verüben, durch Handlungen, welche einen Anfang der Ausführung dieses Verbrechens oder Vergehens enthalten, betätigt hat, ist, wenn das beabsichtigte Verbrechen oder Vergehen nicht zur Vollendung gekommen ist, wegen Versuchs zu bestrafen." Hiermit soll zum Ausdruck gebracht werden, daß eine menschliche Tätigkeit erst dann strafbar ist, wenn der Anfang der Ausführung und damit der Versuch begonnen hat, wenn die Grenze zwischen den mit Strafe bedrohten Handlungen, den Ausführungshandlungen, und den strafrechtlich irrelevanten Handlungen, den sog. Vorbereitungshandlungen, überschritten ist. Die Frage ist nur die, wo im konkreten Falle die Grenze zu suchen ist, ob wir es mit einer Vorbereitung oder schon mit einem Anfang der Ausführung zu tun haben. Die Beantwortung dieser Frage wird einzig und allein davon abhängen, wie der Begriff Ausführung als solcher auszulegen ist.

Sodann findet sich der Ausdruck „ausführen" im § 47 StGB., welcher lautet: „Wenn mehrere eine strafbare Handlung gemeinschaftlich ausführen, so wird jeder als Täter bestraft." Das Kriterium für die Mittäterschaft soll auch hier wieder der Begriff „ausführen" liefern. Das Ausführen wird hier in ausdrücklichen Gegensatz gesetzt zu der Teilnahmehandlung, der Beihilfe. „Ausführen" liefert uns das Unterscheidungsmerkmal. Aber auch hier herrscht wieder Streit darüber, wie weit im konkreten Falle die Mittäterschaft reicht oder, um die Frage genauer zu präzisieren, wann sich im gegebenen Falle das strafrechtlich relevante Handeln eines Menschen als Mittäterschaft oder als Beihilfehandlung darstellt. Wir werden auch hier wieder genötigt sein, zu dem Streit der Gegner, den Subjektivisten und Objektivisten, Stellung zu nehmen und eine Lösung dafür zu suchen, wann wir es mit einer Ausführungshandlung zu tun haben. Denn es ist ungeheuer wichtig zu wissen, ob jemand als Mittäter, also als selbstverantwortlicher Täter, oder nur als Gehilfe bestraft wird. Sehen wir einmal ganz ab von der verschieden hohen Strafe, die je nach Vorhandensein einer Mittäter- oder Beihilfehandlung verwirkt wäre, schon aus rein systematischen Gründen muß jede Verwirrung über die Begriffe Mittäterschaft und Beihilfe ausgeschlossen werden,

mithin Klarheit darüber bestehen, wann ein strafrechtlicher Tatbestand im einen oder anderen Sinne auszulegen ist.

Bevor wir daran gehen zu untersuchen, was Ausführung im strafrechtlichen Sinne bedeutet, wird es sich empfehlen, auf die Vorstellungen, die jeder Laie mit den Begriffen Vorbereitung und Ausführung nach dem Sprachgebrauch des täglichen Lebens verbindet, einzugehen.

Mit den Worten „vorbereiten" und „ausführen" drückt unsere Sprache verschiedene Beziehungen der Tätigkeit in Richtung auf den Erfolg aus. Die vorbereitende Handlung wird stets im Verhältnis zu einer Handlung — eben der Ausführungshandlung —, der sie zeitlich vorausgeht, gedacht. Sie wird vornehmlich dadurch gekennzeichnet, daß sie der Ausführungshandlung lediglich dient, nimmt also im Verhältnis zu dieser eine für die Herbeiführung des Erfolges untergeordnete Stellung ein. Die Ausführungshandlung dagegen ist die menschliche Tätigkeit, die im Gegensatz zu den Vorbereitungshandlungen durch eine direkte Beziehung zu dem erstrebten und zu erreichenden Ziel charakterisiert wird, sie zeichnet sich also den anderen Tätigkeiten gegenüber durch einen für den Erfolg erhöhten Wert aus. So der Sprachgebrauch des gewöhnlichen Lebens.

Auch im Rechtsleben ist die Unterscheidung von „Vorbereiten" und „Ausführen" recht wichtig; dies vor allem im Strafrecht. Hier ist aber zu beachten, daß der Strafrechtler nur solchen Ausführungshandlungen sein Interesse zuwenden kann, die die Vollendung eines eigens vom Gesetzgeber als Verletzung eines Rechtsgutes unter Strafandrohung gestellten Tatbestandes betreffen. Alle anderen Handlungen sind für den Strafrechtler entweder Vorbereitungshandlungen in dem oben von uns geschilderten Sinne oder es sind eben Handlungen, die sonst außerhalb jeder strafrechtlichen Betrachtung liegen, also keine Ausführungshandlungen. Daraus ergibt sich, daß der Strafrechtler gezwungen ist, den Begriff Ausführung enger zu fassen als das gewöhnliche Leben.

Der Gesetzgeber hat bei der Regelung der abstrakten Deliktstatbestände uns jedes Mal ein Tätigkeitswort resp. ein eine Tätigkeit in sich schließendes Substantiv an Hand gegeben, das in Verbindung mit anderen Kennzeichen, den übrigen Tatbestandsmerkmalen, erst die Ausführungshandlung ausmacht. So spricht z. B. das Gesetz, wenn wir von den sonstigen Tatbestandsmerkmalen einmal absehen, beim Diebstahl von „wegnehmen", bei der Körperverletzung von „körperlich mißhandeln" usw. In diesen die Tätigkeit in sich schließenden Wörtern verkörpert sich die jeweilige Ausführungshandlung, die für eine straf-

rechtliche Betrachtung allein von Bedeutung ist, da nur sie mit Strafe bedroht wird, während die Vorbereitungshandlungen — sofern sie nicht selbst subsidiär unter Strafe gestellt sind — jeglicher Relevanz entbehren. Wenn man also eine Definition für den Begriff „Ausführung" geben soll, so müßte diese nach unserer bisherigen Betrachtung etwa folgendermaßen lauten: *Ausführungshandlung ist die verbrecherische Tätigkeit, die jeweilig der vom Gesetzgeber unter Strafe gestellten Tätigkeit entspricht.* Mit dieser Definition stellen wir uns auf den Boden der herrschenden Meinung.

Liszt z. B. definiert: „Ausführungshandlung ist diejenige Willensbetätigung, die im Einzelfalle der vom Gesetz unter Strafe gestellten Tätigkeit entspricht. Die Ausführungshandlung wird uns gegeben durch das im Tatbestande der einzelnen Verbrechen verwendete, den Erfolg in sich schließende Tätigkeitswort: Hierher gehört also das Erschießen, Erstechen, Vergiften bei der Tötung, das Schwören beim Meineid, das Brechen der Schutzgewalt bei der Entführung, des Gewahrsams beim Diebstahl."[1])

Dem Sinne nach ebenso äußert sich Frank, wenn er ausführt: „Ausführen ist ein Sammelbegriff für die den verschiedenen Delikten entsprechenden Tatbestandshandlungen, z. B. für das „töten" des § 211, das „körperlich mißhandeln" des § 223, das „wegnehmen" des § 242 usw."[2])

Wenn wir also feststellen konnten, daß die vorhin wiedergegebene Definition allgemein als gültig anerkannt wird, so sollte man meinen, daß dann kein Streit darüber bestehen kann, ob wir es im konkreten Falle mit einer Vorbereitungs- resp. Versuchshandlung (Anfang der Ausführung) und außerdem, um das „ausführen" im § 47 ebenfalls mitzuberücksichtigen, mit einer Mittäterschaft resp. einer Beihilfe zu tun haben.

Dies trifft jedoch nur teilweise zu und zwar bei den mehraktigen, das heißt den mehrere Tatbestandshandlungen erfordernden Verbrechen, wo Versuch schon vorliegt durch die Vornahme der ersten Tatbestandshandlung, z. B. bei der Urkundenfälschung (§ 268) schon durch das Fälschen, bei der Notzucht (§ 177) und beim Raub (§ 249) schon durch die Gewaltanwendung, vorausgesetzt natürlich, daß der Vorsatz des Täters auf Begehung der Tat im ganzen, also auch auf die

[1]) Liszt, § 31 I. (24. Auflage).

[2]) Frank, § 43 II 2a, 16. Auflage. Ferner auch: Olshausen. § 43, 12–14; Beling, Grundzüge des Strafrechts S. 20; Köhler, S. 147; Wachenfeld, S. 173; Kohler, Leitfaden S. 59.

später vorzunehmende Akte gerichtet ist. Auch herrscht in diesem Zusammenhang Einigkeit darüber, daß Mittäter derjenige ist, der auch nur eine der gesetzlichen Tatbestandshandlungen ausführt. Danach sind A und B Mittäter beim Raub, wenn A den C bedroht, während B dem C die Uhr wegnimmt, oder bei dem Delikt der Urkundenfälschung, wenn A eine Urkunde verfälscht und B zum Zwecke einer Täuschung davon Gebrauch macht.

Der Kampf der Meinungen besteht aber in allen Fällen einaktiger Verbrechen wie z. B. den Delikten des „tötens", „beschädigens", „wegnehmens" ꝛc. In welcher Tätigkeit hier der Beginn der Ausführungshandlung zu erblicken ist, darüber herrscht größte Unklarheit.

Es wird im folgenden nicht immer nötig sein, unsern Begriff im § 43 und § 47 getrennt zu behandeln, da „Ausführung" im § 43 sich mit „ausführen" im § 47 selbstverständlich decken muß und nicht etwa durch die Worte „Anfang der Ausführung" im § 43 noch ein besonderer Begriff aufgestellt werden sollte, sondern sich dies nur aus gesetzestechnischen Gründen erklärt, um damit gleichzeitig den Versuchsbegriff zu kennzeichnen.

Die Worte „Anfang der Ausführung" haben schon von jeher zu heftigen Kontroversen Anlaß gegeben. Es wurde die Frage aufgeworfen, was bedeutet der Anfang der Ausführung, wie ist der § 43,1 StGB. auszulegen? Soll eine Handlung schon dann einen Anfang der Ausführung des Verbrechens enthalten, wenn der Täter glaubt, eine solche Handlung vorgenommen zu haben, oder erst dann, wenn die Handlung schon in ihrer äußeren Erscheinung einen Anfang der Ausführung des Verbrechens darstellt?

Der Gegensatz zwischen beiden Grundeinstellungen beruht darin, daß der Anfang der Ausführung auf der einen Seite von subjektiven, auf der anderen Seite von objektiven Gesichtspunkten aus betrachtet wird. Dieser Streit hat eine wahre Fülle von wissenschaftlichen Abhandlungen und Entscheidungen selbst unseres höchsten Gerichtshofes hervorgerufen, die verschiedensten Begriffskonstruktionen sind herauskristallisiert worden. Dieser Streit zwischen der subjektiven Auffassung des Täters und der sich nach außen hin zeigenden objektiven Handlung des Täters ist heute, wo man sich mit dem Schaffen eines neuen Strafgesetzbuches befaßt, mehr akut als je. Die Entwürfe zu einem neuen Strafgesetzbuch haben sich mit dieser Frage beschäftigt und dazu Stellung genommen, zahlreiche Reformvorschläge sind eingebracht worden, die erkennen lassen, daß es zur restlosen Lösung unseres Problems noch mancher Kämpfe bedarf. Es stehen sich noch heute

nach über hundertjahrelangem Hinundherwogen des Streits die beiden entgegengesetzten Theorien, die subjektive und die objektive, gegenüber, denen sich eine Reihe vermittelnder Theorien zugesellt hat.

III. Geschichtlicher Überblick.

§ 3.

Bevor wir in den Streit der Meinungen eintreten, wird sich empfehlen, einen geschichtlichen Überblick über die Entwicklung des Begriffs „Ausführung" bezw. „Anfang der Ausführung" voranzustellen.

Der „Anfang der Ausführung" war nicht seit jeher das Kriterium zur Unterscheidung von Vorbereitungs- und Versuchshandlungen. Die italienischen Juristen des Mittelalters, die die Begründer der Versuchslehre sind, unterschieden als erste zwischen entferntem und nahem Versuch (conatus remotus und conatus proxinus), als strafbar wurde allerdings nur ein der Vollendung nahestehender Akt angesehen (actus proximus et immediatus ipsi meleficii = der beendete Versuch in der Gestalt des fehlgeschlagenen Delikts). Die italienische Doktrin fand Eingang in Deutschland und findet ihren Niederschlag in der Hauptsache in der C.C.C., der peinlichen Gerichtsordnung Karl V. (1532).

Schon die Vorläuferin der C.C.C., die Bambergensis (1507), auch mater Carolinae genannt, in der sich zum ersten Male in Deutschland eine allgemeine Fassung des Versuchsbegriffs findet, verlangt für den Versuch besonders geartete Tätigkeiten. Der Artikel 204 der Bambergensis, den die C.C.C. fast wörtlich im Art. 178 übernommen hat, lautet: „Item so syk jemant eyner myssedat mit etliken schynliken werken, de to fullenbryngingen dersulften myssedat denstlik syn mogen, vndersteyt vunde doch ane fullenbrynginge dersulften myssedat dorch ander mittel wedder synen willen vorhyndert, is pynlik to straffen."

Hier wird also schon gefordert, daß die Handlung zur Vollbringung der Missetat „dienstlich" sein müsse, um eine Versuchshandlung abzugeben, andernfalls sei sie straflos.

Diese Abgrenzung blieb lange Zeit durchweg die herrschende sowohl in der Teorie als auch in der Praxis.

Eine Änderung tritt erst mit den späteren Partikulargesetzgebungen ein. Wenn der Codex iuris bavarici criminalis des Jahres 1751 (§ 3, XII) und das Allg. Preuß. Landrecht des Jahres 1794 überhaupt kein genaues Kriterium für die Unterscheidung von Vorbereitung und Versuch aufstellen, indem letzteres z. B. das Wesen

des Versuchs allein in der Betätigung des bösen Willens sieht (A. L. R. II, 20, § 42), verlangt das Österreichische Gesetzbuch vom Jahre 1787 im Art. 9 als Unterscheidungsmerkmal ein „Sichanschicken" des Täters zur wirklichen Ausführung."

Eine Umwälzung tritt ein, als mit dem Code pénal vom 22. Prairial des Jahres 4 der Republik zum ersten Mal von „Anfang der Ausführung" — commencement d'exécution — gesprochen wurde.[1]) Die Umwälzung äußert sich vornehmlich darin, daß diese Formulierung von nun ab Aufnahme findet in den Strafgesetzbüchern fast aller Kulturstaaten, so auch in dem Preußischen Strafgesetzbuch vom Jahre 1851, welches in enger Anlehnung an den Code pénal von einem „Anfang der Ausführung" des Verbrechens spricht.

Auch unser heute geltendes Strafgesetzbuch hat diese Stelle wörtlich übernommen.

IV. Die subjektive Theorie.

§ 4.

a) In der Versuchslehre.

Wir kehren nunmehr zu dem eigentlichen Thema unserer Arbeit zurück und werden, wie bereits angedeutet wurde, gezwungen sein, die verschiedenartigen Theorien im einzelnen zu schildern und kritisch zu beleuchten.

Beginnen wir mit den Subjektivisten. Die Subjektivisten, die das für unseren Begriff entscheidende Merkmal in die Seele des Täters legen wollen, erblicken bereits in jeder Handlung, die einem verbrecherischen Entschluß entstammt, eine Ausführungshandlung, sodaß also im Grunde genommen der verbrecherische Wille es ist, den der Gesetzgeber als Auflehnung gegen die Rechtsordnung bestrafen muß.

Der Hauptvertreter der subjektiven Theorie ist v. Buri. Zwar sagt von Buri, daß gemäß dem Rechtssprichwort „Gedanken sind zollfrei" der verbrecherische Wille als solcher noch nicht zum Gegenstand strafrechtlicher Normierung gemacht werden könne, der verbrecherische Wille müsse sich vielmehr erst nach außen hin objektiviert haben, d. h., der Entschluß des Täters, eine strafbare Handlung zu begehen, müsse in einer nach außen hin erkennbaren Handlung zum Ausdruck gekommen sein.[2]) Da aber auch Vorbereitungshandlungen

[1]) Der Versuchsparagraph des im Jahre 1832 revidierten Code pénal hat genau dieselbe Fassung: „Toute tentative de crime, qui aura été manifestée par un commencement d'exécution. . ."

[2]) v. Buri, Gerichtssaal Bd. 32, S. 323/24; ebenfalls in Beitr. z. Theorie d. Strafr. u. z. Strafgesetzb.: Der Versuch S. 178 ff.

schon Handlungen sind, in denen der Täter seinen Willen zur Begehung eines Verbrechens kundgibt, so kommt von Buri zu einer Gleichstellung von Vorbereitungs- und Ausführungshandlungen und steht mithin — da er die scharfe Scheidelinie zwischen beiden doch offenbar verwischt — u. E. im Widerspruch zu dem Gesetze.

Zur subjektiven Theorie im Sinne v. Buris bekennt sich auch Eisenmann, nach dessen Meinung strafbarer Versuch (Ausführungshandlung) dann anzunehmen ist, sobald die rechtswidrige Absicht sich aus Handlungen, die sie verwirklichen sollen, — also nach der Ansicht des Täters geeignet sein sollen — erkennen läßt,[1]) genau wie Hälschner, wenn er ausführt: „Die verbrecherische Willensbestimmung muß sich in einer Handlung betätigen und nur dieser sich objektivierende Wille ist strafbar, nicht der Wille an sich."[2])

Abweichend von v. Buri verlangen verschiedene Anhänger der subjektiven Theorie, daß sich in einer Ausführungshandlung der feste unabänderliche Wille dokumentieren müsse. Dieses fordert u. a. Redslob, einer der jüngsten Vertreter der subjektiven Theorie, indem er behauptet, daß eine Vorbereitungshandlung dann in Versuch übergehe, „wenn der deliktische Entschluß — die Möglichkeit seiner Ausführung vorausgesetzt — unabänderlich ist" oder in der Weise: „der Versuch ist im Unterschied zur Vorbereitung dadurch charakterisiert, daß der Täter die Ausführung des Delikts, wenn es ihm möglich gewesen wäre, nicht freiwillig aufgegeben hätte."[3])

v. Schwarze sagt: „Jedenfalls zeigt die Handlung eine sehr bestimmte Kundgebung eines festen Entschlusses; in letzterem allein liegt der Unterschied zwischen Versuch und Vorbereitung."[4])

Den Standpunkt der subjektiven Theorie vertritt auch das Reichsgericht (R.G.), indem es in verschiedenen Entscheidungen auf Strafbarkeit von reinen Vorbereitungshandlungen erkannt hat. Der geistige Urheber einer solchen Rechtssprechung ist aber kein anderer als v. Buri, dessen Theorie sich das R.G. ganz und gar angeschlossen hat. So erblickt z. B. das R.G. in seiner Entscheidung vom 20. 11. 1880[5]) darin, daß sich ein Wehrpflichtiger in der Absicht, das Bundesgebiet mit dem nächsten Dampfer zu verlassen, eine Fahrkarte nach Amerika kaufte, schon einen Versuch der Wehrpflichtentziehung (§ 140,1), obwohl hier von einer Ausführungshandlung noch keine

[1]) Eisenmann, Zeitschr. f. d. ges. Strafrechtswiss. Bd. 13, S. 485 ff.
[2]) Hälschner, Gemeines dtsch. Strafrecht S. 342 ff.
[3]) Redslob, S. 152.
[4]) v. Schwarze, s. 117 18, Komm. z. Strafges. Buch f. d. Dtsch. Reich, ebenso auch Mittermeier, Ger. S. Bd. 11, S. 210 u. Seufert, S. 462 ff.
[5]) R.G.E. 3,136.

Rede sein kann. Ähnlich auch die Entscheidungen vom 29. 4. 1918,[1]) wo es sich um den Fall des § 176,3, Vornahme oder Verleitung zur Verübung unzüchtiger Handlungen, handelt. Hier wird vom R.G. für den Anfang der Ausführung als entscheidend angenommen, daß der Täter bei seiner Einwirkung auf die jugendliche Person diese zur Duldung unzüchtiger Handlungen bestimmen will, es wird also hier zum Wesen des Versuchs nicht einmal ein durch Handlungen nach außen hin evident gewordener, erkennbarer verbrecherischer Wille verlangt. Im krassen Gegensatz zum Gesetz stehen sodann die Entscheidungen des R.G. vom 24. 5. 1880[2]) und vom 10. 6. desselben Jahres,[3]) in denen das R.G. sowohl den Versuch mit absolut untauglichen Mitteln als auch den am absolut untauglichen Objekt für strafbar erklärt. Einen relevanten Unterschied zwischen tauglichem und untauglichem Versuch kennt v. Buri und mit ihm das R.G. nicht, da bei Beurteilung des Versuchs der Schwerpunkt auf den in Erscheinung getretenen Willen des Täters gelegt wird. Ob eine Handlung geeignet ist, einen deliktischen Erfolg herbeizuführen, ob es überhaupt zu einer Ausführung des abstrakten Verbrechensbegriffs gekommen ist, ist nach v. Buri und dem R.G. nicht das Entscheidende. Der deliktische Wille ist nach ihnen in allen Fällen der gleiche, mag der Täter auch mit untauglichen Mitteln oder Objekten[4]) operiert oder das Fehlen eines Tatbestandmerkmals übersehen haben, der Versuch ist ein „subjektiv vollendetes Verbrechen",[5]) „das Wesen des Versuchs besteht lediglich in dem Willen, ein Mittel zur Anwendung zu bringen."[6]) Anfang der Ausführung liegt demnach vor, wenn der Täter eine Handlung tätigt, die nach seiner Meinung eine gesetzwidrige darstellt. Dies aber glaubt der Täter immer. Die subjektive Theorie ist jedoch damit, daß sie das abgrenzende Merkmal in der Psyche des Täters finden will, nicht imstande, eine sichere Grenze zwischen Vorbereitungs- und Versuchshandlungen zu ziehen. Nach ihr würden damit, wie ohne weiteres ersichtlich ist, unter die strafbaren Versuchshandlungen schon alle Handlungen fallen, bei denen ein Tatbestandsmerkmal, ja selbst alle Tatbestandsmerkmale fehlen, wenn sie nur in der verbrecherischen Gedankenwelt des Täters dem

[1]) R.G.E. 52,184.

[2]) R.G.E. 1,439, ebenso 17,158 ff., hiergegen aber das O.L.G. Hamburg, i. d. deutsch. Jur. Ztg. 4. Jahrg. S. 58.

[3]) R.G.E. 24,382, ebenso 1,451 und 34,217.

[4]) Der sog. „Mangel am Tatbestand" ist für die Subjektivisten ein irrelevanter Begriff.

[5]) v. Buri, Ger. S. Bd. 32 S. 323.

[6]) v. Buri, „Die sog. untauglichen Versuchshandlungen" in Beitr. z. Theorie d. Strafr. u. B. Strafgesetzbuche S. 190.

Strafgesetz entsprechen. „Einen Tatbestand im objektiven Sinne, welcher also auch einen objektiven Mangel enthalten könnte, erkennt die subjektive Theorie im Versuch überhaupt nicht an. Für sie ist das im Versuch Geschehene nur die äußere Gestaltung des Willens."[1])

Es ist wohl zuzugeben, daß der verbrecherische Wille, der nach außen hin in die Erscheinung getreten ist, nicht ohne Bedeutung ist, er kann für den Richter ein wertvolles Hilfsmittel sein für die Überführung des Täters. Jedoch wird es in den meisten Fällen unmöglich sein, aus einer Handlung, die einem verbrecherischen Entschluß entstammt, diesen verbrecherischen Willen zu erkennen und selbst dann, wenn der verbrecherische Entschluß schon unabänderlich erscheint, braucht noch nicht jede Handlung, welche diesem unabänderlichen Entschluß entstammt, notwendigerweise eine Ausführungshandlung sein: Der Wilddieb, der seinen Todfeind, den Förster, töten will und zu diesem Zweck sich einen Revolver kauft, diesen lädt und sich daraufhin in Tötungsabsicht in den Wald begibt, zeigt mit diesen Handlungen ganz gewiß seine Entschlußsicherheit; trotzdem stecken seine Handlungen noch im Vorbereitungsstadium. Andererseits ist es möglich, daß er beim Zielen und Abdrücken des Revolvers weniger entschlußsicher ist als in den vorhergehenden Handlungen, weil ihm vielleicht noch im letzten Augenblick Gewissensbisse kommen und er von seiner verbrecherischen Tat zurückzutreten geneigt ist. Es wird also schwerlich festzustellen sein, ob der Entschluß des Täters ein so fester, unabänderlicher ist. Gegebenenfalls könnte er immer noch behaupten, daß er sich den entscheidenden Entschluß zu der verbrecherischen Handlung noch vorbehalten habe. Der Richter wird hier also stets auf Beweisschwierigkeiten stoßen oder anderenfalls zu Fehlschlüssen kommen, da er zuweilen einen festen Entschluß da vermuten wird, wo von einem solchen in der Tat keine Rede sein kann, während er in anderen Fällen, wo tatsächlich ein fester Entschluß bereits vorhanden war, gegenteilig urteilen wird. Mag diese Abgrenzung auch oft das Richtige treffen, unbedingt zuverlässig erscheint sie uns jedenfalls nicht. *Der Intensitätsgrad des Willens kann niemals als Abgrenzungskennzeichen anerkannt werden.*

Sehr scharf und prägnant wendet sich *Binding* gegen die subjektive Theorie, insbesondere gegen die v. Buris: „Nicht wegen seines Willens, sondern wegen seiner verbrecherischen Handlung wird der

[1]) v. Buri, Ger. S. Bd. 32, S. 362.

Schuldige und nicht bloß als Willensträger, sondern als schuldhafter Handlungstäter bestraft."[1])

Schon der Gesetzestext spricht gegen eine subjektive Auffassung. Wenn das Gesetz einen Unterschied machen will zwischen Vorbereitung und Versuch, — dafür treten ja auch die Subjektivisten ein — so ist es unmöglich, wie wir oben bewiesen haben, diese beiden Begriffe nach subjektiven Momenten zu scheiden. Unser Strafgesetzbuch hätte, wenn es auf einem subjektiven Standpunkt stände, den Versuchsparagraphen etwa so definieren müssen, wie der Entwurf von 1913 ihn fast, wo es heißt: „Wer den Vorsatz, eine strafbare Handlung zu begehen, durch Handlungen betätigt, welche die Tat zur Ausführung bringen sollen, ist, wenn die Tat nicht vollendet wird, wegen Versuchs zu bestrafen."

Demgegenüber steht aber der Wortlaut des § 43 StGB., wo normiert wird: „Handlungen, welche einen Anfang der Ausführung dieses Verbrechens oder Vergehens enthalten."

Darunter wird jeder unbefangene Interpret Handlungen verstehen, die objektiv Ausführungshandlungen einer Tat sind und nicht nur in der Vorstellung des Täters zu einer künftigen Tat dienen sollen. Diese Folgerung ziehen aber die Subjektivisten nicht, sie wollen die Worte Anfang der Ausführung im subjektiven Sinne verstanden wissen und schieben ein „nach der Meinung des Täters" hinter jenen Worten ein.

Wenn es den Subjektivisten aber nur darauf ankommt, den verbrecherischen Willen zu bestrafen, so wundert es uns, daß sie dann inkonsequent den abergläubischen Versuch, wie z. B. den des „Totbetens",[2]) straflos lassen.[3]) Wir erblicken hierin eine Konzession an den Objektivismus, denn daß der Täter auch in diesem Falle von seinem Standpunkt aus ein Mittel anzuwenden glaubt, kann nicht bestritten werden, und wenn auf die Tauglichkeit des Mittels nichts ankommen soll, so muß konsequenterweise auch ein durch den Aberglauben für geeignet gehaltenes Mittel genügen.[4])

Die Subjektivisten kommen mit ihrer Theorie zu keiner einheitlichen Lösung des Versuchsbegriffs, indem sie, wie Feuerbach 1836 schon trefflich bemerkte, Moral und Recht vermischen.

---

[1]) Binding, Der umgekehrte Irrtum, Ger. S. 85. 292.
[2]) RGE. 33, 321.
[3]) Der Subjektivist Schüler bezeichnet deshalb die betr. Entscheidung des RG. als einen Fehlspruch, S. 93.
[4]) So auch Frank, in vergl. Darstellung A. T., S. 256.

Die subjektive Theorie wird auch der ratio legis nicht gerecht, denn stände unser Strafgesetzbuch auf subjektivem Standpunkt, so hätte es in Konsequenz dieser Auffassung Versuch und Vollendung mit der gleichen Strafe bedrohen müssen. Denn in beiden Fällen ist der verbrecherische Wille genau so intensiv.[1]) Demgegenüber steht aber der Wortlaut des § 44 StGB., wonach das versuchte Verbrechen oder Vergehen milder zu bestrafen ist als das vollendete.

Nicht der verbrecherische Wille ist es, den der Gesetzgeber bestraft wissen will, sondern erst die verbrecherische Tätigkeit, welche die Rechtsordnung verletzt, zum mindesten aber gefährdet. Von einer Gefährdung kann aber noch nicht die Rede sein, wenn der Täter einen verbrecherischen Willen faßt, auch dann noch nicht, wenn dieser Wille nach außen hin in bloßen Vorbereitungshandlungen zum Ausdruck kommt, wie im Kaufen der Schußwaffe, im Auflauern des Opfers oder im Laden des Gewehrs. Hier liegt noch kein Grund vor, daß der Gesetzgeber strafend einschreitet; der Täter muß mit einer Handlung begonnen haben, die wirklich einen Anfang der Ausführung eines Verbrechens oder Vergehens enthält, erst dann können wir von einer Gefährdung bezw. — wenn die Handlung vollendet wird — von einer Verletzung der Rechtsordnung sprechen. Die Gefährdung ist aber nicht so strafwürdig wie die Verletzung, und das ist der Grund, weshalb unser Strafgesetzbuch den Versuch milder bestraft als das vollendete Verbrechen.

Zusammenfassend ist zu sagen, daß der Irrtum der Subjektivisten darin besteht, daß sie den Anfang der Ausführung des Verbrechens mit dem identifizieren, was einem solchen vorausgeht, nämlich dem Anfang der Ausführung des Verbrechensentschlusses.[2]) Dies aber steht im vollen Widerspruch mit der Fassung des Gesetzes, das von einem Anfang der Ausführung des Verbrechens spricht und sich damit von der subjektiven Theorie abwendet.

Anfang der Ausführung des Verbrechensentschlusses — Anfang der Ausführung der Verbrechenstat, diese beiden voneinander wesentlich verschiedenen Begriffe werden von den Subjektivisten miteinander verwechselt.

Natürlich soll nicht etwa jede Bedeutung subjektiver Momente bestritten werden — denn, wo ein Anfang der Ausführung einer Verbrechenstat vorliegt, da wird (von fahrlässiger Deliktsverwirklichung abgesehen) diesem auch ein dahingehender Entschluß voraufgegangen

[1]) Redslob, S. 160, verlangt daher gleiche Strafe für versuchtes und vollendetes Verbrechen.

[2]) Ähnlich Wahlberg, S. 199.

sein — aber unrichtig ist es u. E., daß man das subjektive Moment des Täters als Kriterium für die Unterscheidung von Vorbereitung und Versuch ausgeben will.

b) In der Lehre von der Teilnahme.

Was dann den Begriff „ausführen" im § 47 StGB. anbelangt, der, wie bereits ausgeführt, das Unterscheidungsmerkmal zwischen der Mittäterschaft und der Beihilfe liefern soll, so legen die Subjektivisten auch hier wieder das Kriterium für die Abgrenzung in die Psyche des Handelnden. Doch geschieht auch dies nicht überall in gleicher Weise. Denn einmal will man die Motive, das Interesse (Interessentheorie), entscheidend sein lassen, während eine zweite Meinung vom formellen Deliktswillen ausgeht, nach Täter- und Teilnehmervorsatz unterscheidet (Dolus-Theorie).

§ 5.

1) Die Interessentheorie.

Was diese Ansicht anbetrifft, so sind deren Hauptvertreter Henke und Köstlin. Für Mittäterschaft und Beihilfe hat Henke neue Begriffe geprägt, indem er dafür die Ausdrücke „vollkommene" und „unvollkommene" Teilnahme (consensus plenus und minus plenus) einsetzt, und zwar sollen vollkommene Teilnehmer alle diejenigen sein, welche ein unmittelbar gleiches Interesse an der Tat haben, während die unvollkommenen Teilnehmer dadurch gekennzeichnet sein sollen, daß ihnen ein solches Interesse an der Begehung des Delikts abgeht.[1])

Dem wäre zunächst entgegenzuhalten, daß es verkehrt ist, den Mittäter als Teilnehmer auszugeben. Zwar wollen wir Henke nicht den Vorwurf machen, daß er die Begriffe Täterschaft und Teilnahme durcheinandergeworfen hat. Er wird vielmehr seiner Beweisführung die leider in der Doktrin häufig gezogene irreführende Scheidung in Teilnahme im weiteren — hierhin soll auch die Mittäterschaft gehören — und Teilnahme im engeren Sinne zu Grunde gelegt haben, eine Einstellung, die vornehmlich durch das Strafgesetzbuch, wo die Mittäterschaft in dem mit Teilnahme überschriebenen dritten Abschnitt gesetzlich normiert ist, an Boden gewonnen hat. Denn da die Mittäterschaft ihrem Wesen nach in das Gebiet der Täterschaft gehört, wäre es im Interesse einer eindeutigen Unterscheidung weit zweckdienlicher, wenn man die eben angedeutete Teilung ganz fallen lassen würde und den Mittäter nicht mehr als Teilnehmer, wenn auch nur im weiteren Sinne, ansprechen würde.

[1]) Henke, S. 288 ff.

Doch selbst, wenn wir diesen Umstand unberücksichtigt lassen, können wir uns Henkes Ansicht nicht anschließen, denn die Konsequenz seiner Ansicht würde sein, daß jemand, der zusammen mit anderen Personen eine Ausführungshandlung setzt, dann noch nicht zum Mittäter wird, wenn er an dieser kein eigenes „Interesse" verfolgt. Setzen wir einmal folgenden Fall: A und B unternehmen zusammen einen Einbruchsdiebstahl, wobei dem A die Beute zufallen soll, während B an die Tatausführung herangeht, ohne irgendein Interesse damit zu verfolgen. B wäre in diesem Falle ein sog. „unvollkommener Teilnehmer", könnte also nur als Gehilfe bestraft werden, während er doch zweifelsohne, da er eine Ausführungshandlung setzt, Mittäter ist. Umgekehrt müßte A, der, während B in seinem (des A) Interesse den Einbruchsdiebstahl durchführt, vor dem Hause Woche steht, also eine Gehülfentätigkeit entfaltet — da er nicht an der Ausführung teilnimmt — nach Henke als Mittäter bestraft werden, wenn er allein an der Verwirklichung des Delikts ein Interesse hat, während B, dem dieses Interesse abgeht, trotz Setzens der Ausführungshandlung nur als Gehilfe bestraft werden könnte, da er eben kein „Interesse" an dem Einbruchsdiebstahl hat.[1])

Ähnlich argumentiert Köstlin. In seiner „Revision"[2]) bezeichnet er als Urheber diejenigen, die sich selbst Zweck sind, während die Gehilfentätigkeit dadurch gekennzeichnet werden soll, daß der Ausführende für einen anderen in Aktion tritt.

Diese Ansicht ist genau so irrig wie die Henkes. Denn, wenn jemand ein Stück der Ausführungshandlung vornimmt, kann er nicht Gehilfe sein. Das eigene „Interesse" kann nicht das Ausschlaggebende für die Täterschaft, mithin auch nicht für die Mittäterschaft sein.

Die Begründungsversuche der beiden besprochenen Schriftsteller können nicht befriedigen.

§ 6.

2. Die Dolus-Theorie.

Die zweite Gruppe der Subjektivisten nimmt an, daß, wie bereits angedeutet wurde, der Unterschied zwischen Mittäterschaft und Beihilfe in der Verschiedenartigkeit des Dolus der am Delikt Beteiligten begründet liege.

Diese Theorie kommt in ihrem praktischen Endresultat der Meinnng derjenigen Schriftsteller, die Anhänger der Interessentheorie sind, recht nahe. Bei näherer Prüfung wird man zuweilen sogar feststellen können, daß beide Theorien teilweise miteinander verquickt

[1]) Henke, S. 531 u. S. 527.
[2]) Köstlin, S. 469 und S. 465.

werden. Dies erscheint auch verständlich, wenn man bedenkt, daß die Begriffe „wollen" und „an etwas interessiert sein" oft nahe beieinander liegen. Um aber beide Theorien scharf voneinander scheiden zu können, mögen nur die Schriftsteller Berücksichtigung finden, die diese Verbindung der Theorien nicht aufweisen, die vielmehr Verfechter der Dolustheorie im eigentlichen Sinne sind.

Neben v. Wächter,[1]) der als Begründer dieser Lehre anzusehen ist, muß als deren markantester Vertreter Berner, auf den man sich allgemein zu stützen pflegt, angesprochen werden.

Berner will, um mit seinen eigenen Worten zu sprechen, die „formelle Absicht", das soll heißen die auf die Deliktsausführung gerichtete Absicht, für die Täterschaft entscheidend sein lassen. „Der Urheber muß die Tat als seine eigene hervorbringen wollen. Seine Absicht muß es sein, für die er arbeitet. Der Gehilfe dagegen will nur die Ausführung einer fremden Absicht befördern. Er will zum Erfolge mitwirken, aber ohne das Verbrechen zu seiner eigenen Angelegenheit zu machen. Er eignet sich die fremde Absicht in keiner Weise an."[2]) Er bleibt auch dann Gehilfe, selbst wenn er objektiv auch die Haupthandlung begeht. Nur dann wird er eo ipso zum Urheber, wenn nämlich die Begehung der Haupthandlung die zum Verbrechen erforderliche Absicht notwendig involviert. Nach der Bernerschen Definition könnte also der A, der zusammen mit B einen Einbruchsdiebstahl ausführt, trotz Setzens der Ausführungshandlung nur als Gehilfe bestraft werden, wenn er dem B nur helfen will, während andererseits der A, der die Diebstahlsausführung als solche nicht mit vornimmt, sondern lediglich vor dem Hause, in das B eingestiegen ist, Wache hält, als Mittäter bestraft werden müßte, falls er die Tat des B als seine eigene will.

Hiermit wird in die Streitfrage der Abgrenzung zwischen Mittäterschaft und Gehilfentätigkeit ein Argument hineingetragen, das auf keinen Fall durchschlagend sein kann, da ein derartiger Unterschied zwischen Verwirklichung eigener und fremder Absicht, ganz abgesehen von allen Beweisschwierigkeiten, die sich im konkreten Falle für den Nachweis des einen oder anderen Kriteriums ergeben würden, nicht gemacht werden kann. Denn selbst wenn man die Absicht eines anderen im Bernerschen Sinne fördern will, so ist es auch hier regelmäßig die eigene Absicht, der man zum Siege verhelfen will.

---

[1]) v. Wächter, Lehrb. S. 143 ff.
[2]) Berner, S. 207, 211.

Wenn Berner dann weiter behauptet, daß es gewisse Delikte gäbe, wo der Gehilfe ohne weiteres zum Täter oder, wie er sagt, zum Urheber werde, so kann er uns einmal keine Beispiele dafür angeben, und zum andern liefert er uns nicht den Schlüssel dafür, was man unter dem von ihm gebrauchten Ausdruck „Haupthandlung" eigentlich verstehen soll. Seine Theorie weist also derartig große Unzulänglichkeiten auf, daß man an der Möglichkeit einer Umgehung dieser Schwierigkeiten nur allzu berechtigten Zweifel haben kann.

Die Dolustheorie ist in der Folgezeit in der Literatur, abgesehen von einzelnen Schriftstellern — genannt sein mögen Langenbeck,[1] Heffter,[2] Oppenhoff,[3] die hier übergangen werden können, da sie sich eng an Berner anlehnen und nichts wesentlich Neues in den Streit hineintragen — wenig vertreten worden, bis v. Buri in der allerjüngsten Zeit Berners Gedanken aufgegriffen und vervollständigt hat.

v. Buri kommt eine nähere Betrachtung schon deswegen zu, weil das Reichsgericht sich ihm im wesentlichen angeschlossen hat, wie wir später an Hand mehrerer Entscheidungen werden feststellen können. Er hat zunächst mehr zu der Interessentheorie geneigt, bis er sich später dann ganz auf den Boden der Dolustheorie stellte. Anfänglich sieht v. Buri das Kriterium für die Scheidung zwischen Täterschaft und Teilnahme in der Selbständigkeit bezw. der Unselbständigkeit des Interesses. Der Täter habe bei der Deliktsbegehung lediglich sein eigenes Interesse im Auge, der Gehilfe wolle dem Täter nur helfen, seinen Zweck zu erreichen.[4] Aus der untergeordneten Bedeutung des Gehilfeninteresses im Vergleich zu dem Täterinteresse will er die Berechtigung einer geringeren Bestrafung des Teilnehmers ableiten. Wenn er sich dann später, wie bereits geschildert, der Dolustheorie zuwendet, so bleibt er doch inhaltlich im wesentlichen seiner früheren Ansicht treu, da er genau wie früher verfährt und das Unterscheidungsmerkmal zwischen Täterschaft und Teilnahme für dieses Mal von der Selbständigkeit bezw. der Unselbständigkeit des „Wollens" abhängig macht und deren stärkere und geringere Auswirkung, wie sie beim Täter resp. beim Teilnehmer vorliegen soll, zueinander in Beziehungen setzt. Wie er sich die Verschiedenheit des eigenen oder fremden Wollens denkt, zeigt er uns, wenn er schreibt: „Die Verschiedenheit des Urhebers von dem Gehilfen kann nur in der Selbständigkeit des urheberischen

---

[1] Langenbeck, Die Lehre v. d. Teiln. am Verbr. 1868.
[2] Heffter, Lehrb. d. gem. dtsch. Krim. Rechts 1846.
[3] Oppenhoff, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich 1896.
[4] v. Buri. Zur Lehre v. d. Teiln. am Verbrechen u. d. Begünstigung.

und der Unselbständigkeit des beihelfenden Willens gefunden werden. Der Gehilfe will nur, für den Fall der Urheber will, und wenn dieser nicht will, so will er auch nicht. Er betrachtet mithin den urheberischen Willen als den herrschenden, von dem sein eigenes Wollen des Erfolges abhängig sein soll." [1]) Wie wenig brauchbar auch diese auf dem Eventual-Dolus des Gehilfen aufgebaute Unterscheidung von Mittäter und Gehilfen ist, erhellt schon daraus, daß nach dieser Theorie auch der die Ausführungshandlung Setzende Gehilfe bleiben soll, wenn ihm nur der Gehilfendolus eignet. Verfolgte man diese Theorie in ihren praktischen Konsequenzen weiter, so würden wir zu dem befremdenden Resultat kommen, daß sich Fälle denken lassen, in denen überhaupt nur eine Gehilfentätigkeit in Frage stehen kann. Zur Erhärtung mag folgendes Beispiel dienen: A und B finden auf einer Eisenbahnböschung einen schweren Stein, den sie nur gemeinsam fortbewegen können. Es gelingt ihnen, den Stein mit vereinter Kraft vor sich her zu stoßen und mit einem letzten kräftigen Ruck auf das Geleise zu rollen, sodaß der wenig später heranfahrende Zug zur Entgleisung gebracht wird. Vor dem Richter gelingt es beiden, glaubwürdig nachzuweisen, daß jeder dem andern nur helfen wollte. Nach der Dolustheorie wären wir gezwungen, beide nur als Gehilfen anzusehen, erhalten also das merkwürdige Resultat, daß wir zwei Gehilfen, aber keinen Täter haben, daß mithin infolge der akzessorischen Natur der Beihilfe beide straffrei ausgehen müßten.

Obendrein könnte man v. Buri den Vorwurf machen, daß er seine Theorie mit objektiven Merkmalen durchsetzt hat. Denn der von ihm angeführte Begriff der „Haupthandlung", d. h. derjenigen Handlung, „durch welche das Verbrechen aus dem Stadium des Versuchs zur Vollendung übergeführt wird", [2]) die der Teilnehmer nicht begehen dürfe, um nicht seine Teilnehmerschaft einzubüßen und zum Mittäter zu werden, ist bei allem Protest von Seiten v. Buris nur als objektives Merkmal auszulegen. Und wenn schon subjektive und objektive Merkmale miteinander verbunden werden, dann ist nicht einzusehen, warum das so entstandene Ganze als subjektive Theorie angesprochen werden soll, mithin ist auch die Scheidung zwischen Mittäterschaft und Beihilfe auf der Basis einer rein subjektiven Theorie ganz unmöglich.

Auch das Reichsgericht teilt im wesentlichen den subjektiven Standpunkt, wenn es auch zwischen Subjektivisten und Objektivisten zu vermitteln sucht. Befremdend muß es wirken, daß es gelegentlich

[1]) v. Buri, Über Kausalität u. deren Verantwortung, S. 126.
[2]) v. Buri, Über Kausalität und deren Verantwortung S. 104.

bereits eine intellektuelle Urheberschaft ausreichend sein läßt,[1]) um daraus eine Mittäterschaft herzuleiten, wenn diese Fälle auch als vereinzelt anzusprechen sind.

Im wesentlichen kann die reichsgerichtliche Ansicht durch die inzwischen zu Schlagwörtern gewordenen Begriffe „animus auctoris" und „animus socii" charakterisiert werden, die zur Abgrenzung zwischen Täterschaft und Teilnahme dienen sollen. Demnach wäre es aber ebenfalls möglich, daß ein Mittäter im Sinne der reichsgerichtlichen Rechtsprechung nicht bei der Deliktsausführung in Aktion zu treten braucht, wie dies z. B. durch die Entscheidungen in Bd. 2 Seite 160ff., in Bd. 9 Seite 9—10, in Bd. 26 Seite 345—47, ebenfalls Bd. 26 Seite 351, wo es sich um ein Wachestehen, ein Auskundschaften und sogar um die bloße Mitanwesenheit einer zweiten Person handelt, wenn nur der animus auctoris vorhanden ist, am prägnantesten zum Ausdruck gebracht wird.

Das Reichsgericht faßt also das „gemeinschaftlich ausführen" des § 47 StGB. nicht im strengen Sinne der Ausführung = Tatbestandsverwirklichung auf, sondern im Sinne einer jeden auf die Ausführung des gemeinschaftlichen Vergehens gerichteten positiven Tätigkeit auf. Aber auch in dieser Form kann uns die subjektive Theorie nicht überzeugen. „Denn es würde", um mit Wachenfeld zu sprechen, „weder der die Wohnung ausräumende Dieb noch der Wache stehende Genosse ein Mittäter beim Diebstahl sein können, wenn die Beute dem nichtsahnenden Dritten zukommen sollte oder die Sachen genommen würden im Interesse der notleidenden Armen."[2])

V. Die objektive Theorie.

§ 7.

a) In der Versuchslehre.

Im Gegensatz zur subjektiven Theorie, die die Worte „Anfang der Ausführung" im subjektiven Sinne auslegt, indem sie das Willensmoment des Täters in den Vordergrund stellt, verlangen die Vertreter der objektiven Theorie, wie schon der Name sagt, für die Unterscheidung von Vorbereitung und Versuch rein objektive Merkmale.

Die Zahl der Vertreter der objektiven Theorie ist weit größer und auch in ihren Lehren voneinander abweichender als die der Subjektivisten. Zwar sind sie sich alle darüber einig, daß zur Unterscheidung von Vorbereitungs- und Versuchshandlungen nur rein

[1]) beruhend auf der v. Burischen Theorie (Kausalität S. 124 u. Zeitschr. f. d. ges. Strafr. Wiss. Bd. 2 276 ff.) R. G. E. 15, 298.
[2]) Wachenfeld S. 201.

objektive Merkmale herangezogen werden dürfen, in der Festsetzung dieses objektiven Merkmals weichen sie aber in ihren Ansichten oft recht erheblich voneinander ab.

Zunächst seien einige Abgrenzungsversuche erwähnt, die das Scheidungsmerkmal zwar vom objektiven Standpunkt ausgehend finden wollen, bei denen wir es aber im eigentlichen Sinne nicht mit einer ernstlichen begrifflichen Scheidung zu tun haben, da sie teils unwesentliche, teils ungeeignete Erfordernisse aufstellen.

Schon die italienischen Juristen des Mittelalters unterschieden in der Lehre vom Versuch nach objektiven Merkmalen, indem sie die Nähe oder die Entfernung von der Vollendung entscheidend sein ließen.[1]) Stand die Handlung dem Erfolg zeitlich nahe, nahmen sie Ausführungshandlung, war sie dem Erfolg entfernter, Vorbereitungshandlung an. Auch forderten sie für den Versuch eine geringere Strafe als für das vollendete Delikt. Es leuchtet aber ein, daß wir es hier überhaupt nicht mit einer begrifflichen Unterscheidung, sondern nur mit einer ganz ungefähren Abschätzung zu tun haben.

Ebenso ungenügend erscheint uns die Beweisführung derer, die das Kriterium für die Abgrenzung daran erblicken wollen, daß Vorbereitungshandlungen solche Handlungen seien, welche sich nur mittelbar auf den betr. Erfolg bezögen, Ausführungshandlungen dagegen diejenigen, welche den Erfolg unmittelbar herbeiführten.[2])

Dieser Lehre ist aber, falls man nur die letzte Handlung vor Eintritt des Erfolges Ausführungshandlung sein läßt, entgegenzuhalten, daß die Ausführung eines Verbrechens oft eine Mehrheit von Handlungen erfordert, von denen die erste so gut wie die letzte eine Ausführung sein kann; oder man versteht unter einer den Erfolg unmittelbar herbeiführenden Handlung nicht nur die letzte, sondern mehrere kurz vor dem Erfolge liegende Tätigkeiten, dann aber ist u. E. das Kriterium der Scheidung zwischen Vorbereitung und Versuch ebenso ungewiß wie im obigen Falle, da es besonders dem Umstande nicht Rechnung trägt, daß ein Erfolg zuweilen zwar durch mehrere Handlungen hervorgerufen wird, von denen aber wiederum jede einzelne in sich selbständig sein kann.

Auch der kontinuierliche — der fortlaufende — Zusammenhang mit der Vollendung wird oft als Kriterium für die Unterscheidung von Vorbereitungs- und Versuchshandlungen herangezogen, so z. B.

---

[1]) Siehe Liszt. § 46.

[2]) Siehe bei Mittermaier, Ger. S. 11, 220; ebenso Merkel, jur. Enzyklop. S. 321.

v. Rubo, indem er ausführt: „Handlungen, welche einen Anfang der Ausführungen einer Missetat enthalten, sind solche Handlungen, die in ihrer Fortsetzung, d. h. bei ihrem ungestörten Fortgange die Ausführung der Missetat selbst und somit die Vollendung dieser letzteren bewirken würden.“[1]) Seine Lehre wird auch v. Luden[2]) und Wächter[3]) vertreten.

Ihnen ist aber entgegenzuhalten, daß es nicht immer erforderlich ist, daß Ausführungshandlungen im kontinuierlichen Zusammenhang mit der Vollendung stehen, denn die Ausführung vollzieht sich oft stückweise und durch zeitlich und räumlich weit auseinanderliegende Akte.

Alle diese Theorien vermögen uns kein durchschlagendes Kriterium für unseren Begriff zu geben, denn sie ziehen nur eine ungenaue Abgrenzung zwischen Vorbereitung und Versuch. Ein Unterscheidungsmerkmal muß gefunden werden, das dem Wortlaut des § 43 StGB., welcher einen Anfang der Ausführung des Verbrechens verlangt, gerecht wird und das bei allen Delikten gemeinsam anzuwenden ist.

Viele Anhänger fand die Lehre, die die Lösung unseres Problems in der kausalen Seite des Geschehens zu finden glaubte. Die Vertreter dieser Theorie (hier seien vor allem Birkmeyer, der von der „wirksamsten“[4]) Bedingung spricht und Binding, der auf die „überwiegende“[5]) Bedingung abstellt, genannt) gehen hierbei von der Unterscheidung zwischen Bedingung und Ursache aus und zwar geschieht dies in der Weise, daß einem quantitativen oder zufälligen Unterschied der zum Erfolg führenden Bedingungen das Wort geredet wird, das soll heißen, daß die Bedingung, die andere, z. B. an Quantität, überwiegt, gleich Ursache ist. Diese allein soll Ausführungshandlung sein, während die anderen Bedingungen nur Vorbereitungshandlungen darstellen.

Gegen die Vertreter dieser Kausaltheorie ist jedoch einzuwenden, daß es bedenklich erscheint, unser Problem durch das einseitige Abstellen auch die Verursachung zu lösen. Die Kausalitätslehre darf u. E. dafür nicht herangezogen werden, da es sich für uns um das Merkmal der Ausführungshandlung handelt, wobei die Frage der Verantwortlichkeit uns im Rahmen dieser Arbeit garnicht interessiert.

Zudem vermögen uns die Anhänger dieser Theorie auch nichts darüber zu sagen, wann eine Tätigkeit gerade die „wirksamste“ oder die „überwiegende“ Bedingung für einen Erfolg darstellt. Ein solches Abwägen der Bedingungen untereinander ist de facto kaum möglich.

[1]) Rubo, S. 405.
[2]) Luden, In d. Lehre v. Versuch d. Verbrechens, S. 459.
[3]) Wächter, Vorlesungen S. 207. Ebenso auch L. Bar in „Versuch u. Teilnahme am Verbrechen“ S. 28; von diesem jedoch im subjektiven Sinne verstanden.
[4]) Birkemeyer Ger. S. 37.257 ff, in die Lehre von der Teilnahme S. 95.
[5]) Binding, Normen I. S. 116.

Mit Recht sagt hierzu M. E. Mayer: „Lauter methodisch und sachlich undurchführbare Abgrenzungen.“ [1])

Zur objektiven Theorie rechnen wir auch die Lehre, welche als Kriterium für die Unterscheidung von Vorbereitungs- und Ausführungshandlung den für das betr. Delikt wesentlichen „Angriff“ erblicken. Als Vertreter dieser Lehre seien M. E. Mayer [1]) und Baumgarten [2]) genannt. Diese Schriftsteller nehmen Versuch dann an, wenn die Handlung bereits einen gegenwärtigen, rechtswidrigen Angriff auf das vom Täter ins Auge gefaßte Schutzobjekt darstellt.

Jedoch auch diese Lehre müssen wir fallen lassen, denn erstens würde der Begriff „Angriff“ bei Delikten wie z. B. des Meineids nur sehr gekünstelte Anwendung finden können und zweitens läßt diese Lehre die festen Anhaltspunkte dafür vermissen, von welchem Gesichtspunkte aus beurteilt werden soll, ob eine Handlung schon als Angriff zu betrachten ist, welches der Grad der Gefahr ist, mit welchem der Angriff beginnt. Der Begriff „Angriff“ führt nur zu einer ungewissen und ungefähren Abgrenzung.

Eine andere Gruppe von Schriftstellern vertritt in unserer Streitfrage eine formal-objektive Theorie, als deren Hauptvertreter Frank anzusehen ist. Ausgehend von dem Satze, Ausführungshandlung ist Tatbestandsverwirklichung, erblickt Frank den „Anfang der Ausführung in allen Tätigkeitsakten, die vermöge ihrer notwendigen Zusammengehörigkeit mit der Tatbestandshandlung für die natürliche Auffassung als deren Bestandsteile erscheinen.“ [2]) „So vereinigen sich“, führt Frank weiter aus, „das Anlegen des Gewehrs, das Zielen zu einer Einheit mit dem Abgeben des Schusses, weil sich die letzte Handlung normalerweise nicht ohne die beiden ersteren denken läßt. Ebenso vereinigt sich das Hinstellen des Giftes an einem Ort, an dem es das Opfer unbewußt nehmen oder ein Dritter ihm unbewußt geben soll, zu einer Einheit mit dem unmittelbaren Hinreichen oder Eingiessen. Aus dem gleichen Grunde betrachtet man das Ausholen der Hand zum Schlag als einen einheitlichen Akt mit dessen Beibringen, das Ausstrecken der Hand nach einer Sache als Einheit mit der Wegnahme.“ Frank will also die „natürliche Auffassung“ darüber entscheiden lassen, inwieweit eine Zusammengehörigkeit der einzelnen Tätigkeiten mit der Tatbestandshandlung gegeben ist.

---

[1]) M. E. Mayer, Lehrbuch S. 351.
[2]) M. E. Mayer, S. 352/53.
[3]) Baumgarten, S. 388.
[4]) Frank § 43 II, 2. b.

Nun könnte man aber u. E. mit Recht darüber streiten, ob mit der „natürlichen Auffassung" ein Kriterium gefunden ist, das alle Zweifel über eine Entscheidung, inwieweit eine notwendige Zusammengehörigkeit der einzelnen Tätigkeiten mit der Tatbestandshandlung gegeben ist, auszuschliessen vermag. Es wäre zu prüfen, ob der Begriff „natürliche Auffassung" ein derart eindeutiger, allgemein feststehender ist, daß mit dessen Zugrundelegung jeder Streit darüber ausgeschlossen ist, wie weit man von einer notwendigen Zusammengehörigkeit des einzelnen Tätigkeitsaktes mit der Tatbestandshandlung als solcher reden kann, daß man mithin die Ausführungshandlungen ohne alle Schwierigkeiten von den Vorbereitungshandlungen sondern resp. den Zeitpunkt ermitteln kann, in dem die Vorbereitungshandlungen abgeschlossen sind und die Ausführungshandlungen beginnen. Dieser Erfolg scheint uns durch Franks Abgrenzungsmerkmal gerade nicht hinreichend gewährleistet zu sein. Nehmen wir z. B. den Fall des § 176 StGB, der vom Vornehmen unzüchtiger Handlungen spricht. Ist denn etwa die natürliche Auffassung aller Volksgenossen darüber, was unter einer unzüchtigen Handlung zu verstehen ist, derart übereinstimmend, daß bei jedem etwa in Frage kommenden Tatbestand Zweifel überhaupt ausgeschlossen sind? Ist es nicht vielmehr so, daß gerade Begriffe, deren Wertung auf dem Gebiete der Sitte und Moral liegen, einem ständigen Wechsel in der Beurteilung unterworfen sind und daß außerdem die Anschauungen mancher Volksschichten von denen anderer gerade hierin erheblich voneinander abweichen? Das Resultat würde wieder sein, daß eine allgemeine Übereinstimmung in unserer Frage, deren Erzielung Frank für seine Definition in Anspruch nimmt, nicht erreicht werden kann, daß mithin Frank nicht imstande ist, mit dem von ihm aufgestellten Begriff ein Kriterium für die Ausführungshandlung zu geben.

Dasselbe muß auch für die von Wachenfeld vertretene Ansicht gelten, der den „Sprachgebrauch des gewöhnlichen Lebens"[1]) über unser Problem entscheidend sein lassen will.

„Natürliche Auffassung" und „Sprachgebrauch des gewöhnlichen Lebens" sind Begriffe, die nur rein erfahrungsgemäß erfaßt werden können. Frank und Wachenfeld sind daher u. E. der Lehre zu untergruppieren, die sich bei der Beurteilung der Frage. ob Anfang der Ausführung vorliegt, von der Erfahrung leiten läßt. Als Hauptvertreter dieser Lehre ist Senf anzusehen. Er führt aus: „Der Richter hat Vorbereitungshandlungen solange anzunehmen, als der menschlichen Erfahrung gemäß aus ihnen eine Beziehung auf einen verbrecherischen

[1]) Wachenfeld S. 82.

Erfolg noch nicht unzweideutig ersichtlich ist."[1]) Dagegen „Ausführungshandlungen muß der Richter sofort da für vorliegend erachten, wo ihm die Tätigkeit schlechthin erfahrungsgemäß unzweideutig, nicht bloß etwa mehr oder weniger deutlich, auf einen von der Rechtsordnung mit Strafe bedrohten Erfolg und deshalb auf einen verbrecherischen Willen hinweist, natürlich ohne Rücksicht darauf, ob erst noch Weiteres zu geschehen hat oder nicht."[2]) Die Lehre Senfs wird auch von Thon[3]) und Finger[4]) vertreten.

Wenn wir auch zugeben, daß kraft unserer immer noch fortschreitenden Erfahrung und Erkenntnis wir oft in der Lage sind, aus Tätigkeiten, von denen wir so und so oft erfahren haben, daß aus ihnen ein gewisser Erfolg erzeugt zu werden pflegt, sofort auf den Erfolg zu schließen, wir also in jedem einzelnen Falle die erfahrungsmäßige Wahrscheinlichkeit des Eintritts eines Geschehnisses für objektive Gewißheit halten, so gibt es doch wieder genügend Handlungen — z. B. die Vornahme unzüchtiger Handlungen, Beleidigen ꝛc. —, wo die allgemeine erfahrungsmäßige Erkenntnis versagt, wo dann eben der Richter allein wertend eingreifen muß.

Daß bei Frank Gesagte gilt daher auch für die letzteren Schriftsteller.

Es mag zusammenfassend noch einmal festgestellt werden, daß die Genannten wohl in den meisten Fällen das Richtige treffen mögen, daß sich aber auch Fälle denken lassen, wie wir oben gesehen haben, in denen das von ihnen gefundene Unterscheidungsmerkmal nicht zum Ziele führt.

§ 8.

b) In der Lehre von der Teilnahme.

Der Vollständigkeit halber mag hier noch in aller Kürze auf die objektive Theorie, soweit sie § 47 StGB. — die Scheidung der Mittäterschaft und Beihilfe — betrifft, eingegangen werden, wenn auch im allgemeinen, wie bereits an anderer Stelle erwähnt, wegen der Übereinstimmung der Begriffe „Ausführung" im § 43 StGB. und „ausführen" im § 47 StGB., soweit jedenfalls der Begriff Ausführung an sich in Frage steht, das im vorigen Abschnitt Gesagte entsprechend gelten muß.

---

[1]) Senf, Ger. S. 67, S. 305/6.
[2]) Senf. Ger. S. 306.
[3]) Thon, Festrede, geh. i. d. Univ. Kirche zu Jena zur akadm. Preisverteilung
[4]) Finger, § 54, VI. Derselbe i. d. Festschr. f. Karl Binding, S. 259 ff.

Wie bei der Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch, so sucht die objektive Theorie im Gegensatz zu der subjektiven das Unterscheidungsmerkmal zwischen Mittäterschaft und Beihilfe im äußeren Geschehen. Mittäter kann nur der sein, der die Tat oder einen Teil der Tat „ausführt", der also selbst eine Handlung vorgenommen hat, wie sie zur Verwirklichung des jeweiligen Deliktstatbestandes erforderlich ist, z. B. beim Delikt des Tötens mittels Erschießens vom Anlegen und Zielen an über das Abdrücken bis zum Töten hin. Zwei Argumente sind es, die der objektiven Theorie zum mindesten vor der subjektiven den Vorzug geben. Einmal ist die subjektive Theorie für den Strafrechtler, wie wir gesehen haben, völlig unzureichend, da sie Beweisschwierigkeiten schafft und an die Menschenkenntnis und an die psychologische Urteilskraft des Richters zu hohe Anforderungen stellt. Wie Birkmeyer mit Recht sagt, wird auch der feinste Psychologe die Diagnose, ob der Handelnde seinen Verbrechenswillen von dem seines Komplizen abhängig machte oder ob er das Verbrechen selbständig als eigenes wollte, nie mit Sicherheit stellen können.[1]) Außerdem kann es vorkommen, daß von mehreren Teilnehmern keiner die Tat als seine eigene, sondern jeder seine Tat als die des anderen will, sodaß trotz Vorliegens eines Delikts keiner als Täter, sondern alle als Gehilfen zu gelten haben und daß daher nach geltendem Recht keiner bestraft werden kann.

Zum anderen wird die subjektive Theorie durch den Gesetzeswortlaut ausgeschlossen, denn das Gesetz charakterisiert die Mittäterschaft dadurch, daß mehrere gemeinschaftlich eine Handlung „ausführen", und straft nur die Ausführenden als Täter. Der Mittäter soll „als" Täter und nicht „wie" ein Täter bestraft werden. Zur Täterschaft genügt aber niemals der bloße Wille, Täter zu sein, sondern stets, wie wir oben nachgewiesen haben, eine Objektivierung, Realisierung des gesetzlichen Tatbestandes. Dasselbe muß auch vom Mittäter verlangt werden, wenn nicht seine Mittäterschaft völlig hinfallen soll. Der Unterschied zwischen Täter- und Mittäterschaft besteht also lediglich in dem bei der Mittäterschaft hinzutretenden subjektiven Moment des „gemeinschaftlichen" Ausführens, d. h. des wissentlich gemeinsamen Zusammenwirkens, ohne daß dadurch natürlich den objektiven Merkmalen der Täterschaft der geringste Abbruch geschieht. Es kann daher keinem Zweifel unterliegen, daß auch zur Mittäterschaft nur eine solche Handlung gehören kann, die auch den Alleintäter zum Täter stempeln würde. Mittäter kann also nur der sein, der *mit-*

[1]) Birkmeyer, Lehre v. d. Teilnahme S. 287.

wegnimmt, der mittötet, der also mit „ausführt". Wer das Opfer nur festhält, während ein anderer den tötlichen Schlag ausführt, kann nur Gehilfe sein und nicht, wie Frank[1]) fälschlich annimmt, Mittäter.

Ausführungshandlung ist aber, wie der Vergleich mit § 43 StGB. ergibt, eine Handlung, die, an sich betrachtet, nicht Vorbereitungshandlung sein kann, sondern mindestens Versuchshandlung sein muß. Da der Versuch aber durch den Anfang der Ausführung charakterisiert wird, so müssen wir notwendigerweise wieder auf das zurückgreifen, was wir über die objektive Theorie in Bezug auf § 43 StGB. ausführten.

Wenn wir auch den Objektivisten zugeben wollen, daß zur Mittäterschaft ein wirkliches „Ausführen" gehört und wir es ablehnen, das Unterscheidungsmerkmal in der Seele des Täters zu suchen, wie es die Subjektivisten wollen, so sind jedoch die Objektivisten nicht imstande, wie wir gesehen haben, uns ein für alle Fälle sicheres Kriterium für die Ausführungshandlung resp. deren Beginn zu geben.

VI. Die vermittelnden Theorien.

§ 9.

a) Die Theorien von Loening, Bauke und Horn.

Wir sahen, daß weder die rein subjektiven, noch die rein objektiven Theorien uns eine begriffliche Abgrenzung von Vorbereitungs- und Ausführungshandlungen zu geben imstande sind. Vielleicht mag dies an der Einseitigkeit dieser Theorien liegen. In Erkenntnis dessen versuchen daher verschiedene Theorien, die wir hier vermittelnde nennen wollen, unser Problem durch Verbindung subjektiver und objektiver Momente zu lösen.

Hierhin gehört in erster Linie Loening. Ist das Kriterium Loenings einerseits ein subjektives, so statuiert er aber andererseits zwischen den aus der Erfolgsvorstellung resultierenden Willensbetätigungen des handelnden Subjekts insofern eine allgemeine objektive Unterscheidung, als er als Ausführungshandlung nur eine solche ansieht, die unmittelbar ohne weitere Willensentschlüsse des Täters den Erfolg herbeiführen soll.[2])

Mit dieser Lehre können wir uns jedoch nicht einverstanden erklären; denn nach der Ansicht Loenings läge ein Anfang der Ausführung erst dann vor, wenn der Täter mit der letzten unter den

[1]) Frank, § 47 II.
[2]) Loening, S. 48/9.

Willensbetätigungen begonnen hat, die er zur Herbeiführung des Erfolges für erforderlich hielt, während eine vorhergehende, die der Täter aus demselben Entschlusse heraus für genau so unentbehrlich hielt, nach ihm keine Ausführungshandlung darstellen würde.

Die Konsequenz dieser Theorie wäre, daß X, der auf Y in mörderischer Absicht ein Gewehr anlegt, straflos bliebe, wenn er ergriffen wird, noch bevor er losdrücken kann, da es doch zur Herbeiführung des Erfolges noch eines erneuten Entschlusses (im allgemeinen wenigstens), nämlich des Abdrückens bedürfte. Eine solche Regelung entspricht nicht unserm Rechtsbewußtsein.

Zur Gruppe der vermittelnden Theorien gehört auch Bauke. Bauke will — abgesehen von der verbrecherischen Absicht — die Ausführung in dem Zeitpunkte beginnen lassen, in welchem der Handelnde das „Schwerste der Tat“ [1]) begangen habe. Hinsichtlich dieses Momentes könnte es zunächst zweifelhaft sein, ob das „Schwerste einer Tat“ nach der psychischen oder physischen Seite zu suchen ist. Sodann beginnt auch offenbar der Anfang der Ausführung nach diesem Kriterium zu spät, sollte z. B. in dem Falle, wo ein Dieb eine Tür gewaltsam geöffnet hat, noch kein Ausführungsanfang vorliegen, weil er etwa das Schwerste der Tat, nämlich das Aufbrechen einer zweiten, schwerer zu öffnenden Tür noch nicht erreicht hat? [2]) Dies wäre mit unserm Rechtsempfinden unvereinbar.

Als letzter Vertreter dieser Gruppe sei hier noch Horn erwähnt, der — von psychophysischen Gesichtspunkten ausgehend — eine Vorbereitungshandlung dann in Versuch (Anfang der Ausführung) übergehen läßt, wenn die Tätigkeit des Handelnden zu einem mechanisch zusammenhängenden, triebmäßigen Tun wird. [3])

Wenn auch zuzugeben ist, daß es Körperbewegungen gibt, die wegen ihrer häufigen Wiederholung einen triebmäßig automatischen Charakter annehmen, so ist aber Horn entgegenzuhalten, daß dies nur dann der Fall sein kann, wenn diese betreffenden Handlungen zeitlich und örtlich unmittelbar aufeinander folgen, andernfalls — bei Dazwischentreten zeitlicher und örtlicher Zwischenräume — man nicht mehr von einem automatisch triebmäßigen Tun reden kann. Auch vermag uns Horn nicht zu sagen, wie eigentlich die Körperbewegung allgemein beschaffen sein muß, damit sie den Schluß auf Mechanisierung des Willens zuläßt.

---

[1]) Bauke, S. 237 ff.
[2]) v. Bar, Gesetz und Schuld II, S. 504, Anm. 31.
[3]) Horn, S. 331 ff.

Es muß also festgestellt werden, daß auch diese vermittelnden Theorien durch Verquickung objektiver und subjektiver Momente in der eben geschilderten Form entgegen ihrer Behauptung es nicht vermögen, ein auf jeden Tatbestand passendes Kriterium für die Ausführungshandlung zu liefern. Es erscheint uns auch zwecklos, unsere Streitfrage durch Kompromisse der genannten Art klären zu wollen, weil schließlich auch die Anhänger dieser vermittelnden Theorien sich mehr oder weniger der einen oder anderen grundlegenden Theorie anschließen.

Aus diesem Grunde mag es uns erspart bleiben, auch noch auf die vermittelnden Theorien (dieser Art) in Bezug der Abgrenzung der Mittäterschaft von der Beihilfe einzugehen, weil letzten Endes das oben Gesagte auch hier gelten muß.

§ 10.

b) Ansicht des Verfassers, Ergebnis.

Auf unsere bisherigen Ausführungen zurückblickend, stellen wir nochmals fest, daß weder die Subjektivisten, noch die Objektivisten, noch die Vertreter der vermittelnden Theorien uns ein durchschlagendes Kriterium für den Begriff „Ausführung" zu geben imstande sind.

Zugegeben auch, daß wir der objektiven Theorie — speziell gerade der Lehre Franks, Senfs, Fingers — mehr als den anderen den Vorzug geben, eben weil Genannte uns ein Unterscheidungsmerkmal an die Hand geben, welches wohl in den meisten Fällen richtige Resultate zeitigen wird, so versagt, wie wir gezeigt haben, auch sie letzten Endes.

Wie ist dies zu erklären, werden wir uns fragen. Gibt uns nicht der Strafgesetzgeber den objektiven Tatbestand, an Hand dessen eine Beurteilung darüber, ob jemand dem Tatbestand des Strafgesetzes gemäß handelt oder nicht, nicht allzu schwer sein sollte? Ist es nicht so, daß die Tätigkeit des Richters sich in einer reinen Feststellung erschöpft, daß der Satz: nullum crimen, nulla poena sine lege, der im § 2,1 StGB. ausdrücklich festgelegt ist, keine weitere Wertung durch den Richter zuläßt?

Ein Blick ins Strafgesetzbuch beweist uns jedoch, daß der Gesetzgeber seiner Aufgabe nicht immer gerecht wird, daß es ihm im Widerspruch zu obigem Satze nicht immer gelungen ist, durch Begriffe menschliches Verhalten so zu beschreiben, daß die Subsumierung einer bestimmten Tat unter das Strafgesetz nur eindeutig möglich ist. Anstatt daß der Gesetzgeber die rechtliche Bewertung eines unter Strafe

gestellten Verhaltens in den Tatbestand verlegt, daß er den Tatbestand also rein deskriptiv bildet, wälzt er in vielen Fällen diese Wertung auf den Richter ab, läßt also in diesen Fällen die „Subjektivität" des Richters entscheiden.

Wir sprechen hier mit Mezger von „normativen Tatbestandselementen"[1]) im Gegensatz zu den deskriptiven, d. h. den Tatbestandselementen, wo der Richter rein kognitiv, d. h. erkenntnismäßig verfährt, wobei allerdings zu erwähnen ist, daß die kognitive Tätigkeit des Richters auch oft eine wertende sein kann derart etwa, daß in Rede stehende Geschehnisse erst an Hand generellen Erfahrungswissens ihre abschließende Beurteilung finden. Diese Wertung ist jedoch wohl zu unterscheiden von dem oben genannten Werturteil, wo der Richter gezwungen ist, infolge Fehlens jedes generellen Erfahrungswissens allein den richtigen Maßstab dafür zu finden, ob jeweils eine Ausführungshandlung vorliegt, der Richter also allein auf sein eigenes subjektives Werturteil angewiesen ist.

Diese hier entwickelte, von Mezger u. a. vertretene Ansicht ist gegenüber den früher verfochtenen Theorien, den subjektiven, objektiven und vermittelnden Theorien, insofern etwas Neues, als sie vielleicht in das Gebiet der vermittelnden Theorien gehört, nämlich deswegen, weil sie subjektive und objektive Elemente miteinander verquickt, wobei jedoch zu beachten ist, daß das zu den objektiven Gesichtspunkten hinzutretende subjektive Moment, das Werturteil des Richters, sich von den subjektiven Momenten der subjektiven und vermittelnden Theorien dadurch unterscheidet, daß hier die Ausführungshandlung vom Standpunkt des richtenden Beobachters aus betrachtet wird, während bei den übrigen Theorien dies von der Seite des Täters her geschieht.

Normative Tatbestandselemente finden wir in fast allen Rechtsgebieten, besonders aber in Rechtsgebieten ethischer, sozialer und kultureller Art. Mezger[2]) spricht hier allgemein von kulturellen Wertungsdelikten. Teils die Sitte, teils aber auch die Ethik bestimmt die strafbaren Handlungen gegen die Ehre. Dies wird deutlich, wenn man bedenkt, wie gleiche Handlungen und Ausdrücke — wir denken hier besonders an die Beleidigung des § 185 StGB., des „verächtlich machen" und „in der öffentlichen Meinung herabwürdigen" des § 186 StGB. — in verschiedenen Gemeinschaften gerade entgegengesetzte Bedeutungen haben können.

---

[1]) Mezger, Vom Sinn d. strafrechtlichen Tatbestände, i. d. Festschr. für Ludwig Traeger. Zeitlich vorher schon: M. E. Mayer S. 182 ff.

[2]) Mezger, S. 226.

Auf die Wertung von Moral und Sitte verweisen Begriffe wie „öffentliches Ärgernis geben" der §§ 183, 166 StGB., „Benutzung der Unerfahrenheit beim Wucher der §§ 301 ff. „mißbrauchen" der §§ 176,2 und 177, „Vornahme unzüchtiger Handlungen" des § 176,1, und noch manch andere Beispiele ließen sich finden für den Beweis des Vorhandenseins normativer Tatbestandselemente.

Natürlich wird es das Bestreben des Gesetzgebers sein, die Überwälzung seiner Aufgabe auf den Richter nur in begrenzten Fällen zu gestatten. Der Richter wird im allgemeinen mit einer kognitiven Wertung auskommen und dies besonders bei vollendeten Delikten. Denn es dürfte in den meisten Fällen — von Ausnahmen natürlich abgesehen — nicht schwer sein, bei einer vollendeten Tötung mittels Erschießens diese als solche zu erkennen, da man einer Tatsache gegenüber steht, die auf Grund kognitiver Feststellungen leicht als ein unter § 212 StGB. fallendes Delikt festzustellen ist. „Es macht auf die Seele des Menschen am meisten Eindruck der Erfolg, das fait accompli, sowohl für den Höchststehenden und Gebildeten, als auch für die übrigen Menschen, die breite Masse." [1]) Handelt es sich dagegen darum festzustellen, wo der Anfang der Tötungshandlung beginnt, so muß hier eben das Werturteil des Richters einsetzen, der dann das Anlegen und Zielen auf Grund seiner normativen Wertung als den Beginn der Ausführungshandlung ermittelt.

Ebenso wird der Richter oft verfahren müssen bei der Untersuchung darüber, ob im gegebenen Falle eine Mittäterhandlung im Sinne des § 47 StGB. oder nur eine Beihilfe vorliegt.

Der „Anfang der Ausführung" des § 43 StGB. wird jedoch wohl in den meisten Fällen den Richter zu einer normativen Wertung zwingen, ist doch dieser Begriff ein so abstrakter wie kaum ein anderer im Strafgesetzbuch.

Wenn wir nunmehr das bisherige Resultat aus unserer Arbeit ziehen, so geht unsere Ansicht dahin, daß ein sicheres Kriterium für den Begriff „Ausführung" wohl kaum gefunden werden kann. Besonders die Möglichkeit einer Scheidung zwischen Vorbereitungshandlung und Anfang der Ausführung scheitert notwendig an dem Faktum der Kontinuität beider Handlungsarten. Gäbe es eine allgemeine Norm, so dürfte man wohl annehmen, daß der Strafgesetzgeber eine solche Norm selbst dem Richter in die Hand gegeben hätte. Das Bestreben des Gesetzgebers sollte es natürlich sein, die einzelnen Strafbestimmungen so auszubauen, daß er das mißbilligte Verhalten ein-

[1]) Senf, Ger. S. 67, S. 300.

deutig bezeichnet. Ob ihm dies jedoch bezüglich der Abgrenzung der Vorbereitung vom Versuch (Anfang der Ausführung) und der Mittäterschaft von der Beihilfe gelingen wird, möchten wir bezweifeln.

Eins jedoch können wir vom Gesetzgeber verlangen, daß er zukünftig wenigstens dem Streit zwischen der subjektiven und objektiven Theorie ein Ende bereitet, indem er sich prinzipiell dieser oder jener Auffassung klar und eindeutig anschließt, denn wir müssen zugeben, daß der heutige Gesetzeswortlaut zu dem Streit der Meinungen viel beigetragen hat. Nur so konnte es kommen, daß der Entstehung subjektiver Theorien der Boden bereitet wurde.

Feststellen möchten wir zum Schlusse noch, daß u. E. — im Prinzip wenigstens — nur eine objektive Auffassung in Betracht kommen kann, um in dem Streit der Meinungen ein einigermaßen billiges Resultat zu erzielen, daß aber auch in Zukunft zu den objektiven Momenten ein subjektives, nämlich das richterliche Werturteil, hinzukommen muß, um von Fall zu Fall das Kriterium zu ermitteln, wird wohl nicht zu vermeiden sein. Eine rein objektive Theorie wird ebenso wenig wie die subjektive zum Ziele führen, es sei denn, der Gesetzgeber verfiele einer gräßlichen Kasuistik. Einem solchen gesetzgeberischen Vorgehen aber wird heute wohl niemand mehr das Wort reden wollen.

VII. Der Begriff der Ausführung in der Versuchs- und Teilnahmelehre in den Entwürfen bis 1925.

Aus den letzten Jahren liegen bereits mehrere Reformvorschläge des Strafgesetzbuches vor, die gerade der Notwendigkeit der erhobenen Forderung Rechnung tragen. Wie weit ihnen die Klärung unserer Frage gelungen ist, sollen die nachfolgenden Ausführungen zeigen.

§ 11.

a) Der Vorentwurf von 1909.

Wir wollen dabei ausgehen von dem zeitlich am weitesten zurückliegenden Entwurf, dem Vorentwurf (V. E.) von 1909. Hier wird im § 75 normiert: „Wer die Ausführung eines Verbrechens oder vorsätzlichen Vergehens begonnen hat, ist, wenn dieses nicht vollendet worden ist, wegen Versuchs zu bestrafen. Der Versuch eines Vergehens wird jedoch nur in den im Gesetz besonders bestimmten Fällen bestraft."

U. E. ist hiermit dem geltenden Recht gegenüber nichts geändert, jedenfalls können wir eine inhaltliche Abweichung vom § 43 StGB.

nicht feststellen. Es muß daher das im § 10 unserer Arbeit Gesagte auch hier gelten; die Abgrenzung zwischen Vorbereitung und Versuch vollzieht sich nach objektiven Merkmalen mit dem von uns geforderten Zusatz einer normativen Wertung des Richters. Eine rein subjektive Auslegung ist völlig unmöglich. Daran kann auch die Begründung des V. E.[1]) nichts ändern, wo es heißt, daß sich der Entwurf grundsätzlich zu der konsequenten subjektiven Theorie bekenne. Wie wenig konsequent die subjektive Theorie ist, brauchen wir hier nicht noch einmal zu wiederholen.

Außerdem brauchen wir uns durch die Begründung in unserer Ansicht, daß nicht subjektive, sondern objektive Merkmale maßgebend gewesen sind, keineswegs beirren lassen, da der Begründung keine legislative Kraft innewohnt. Unsere Ansicht findet eine weitere Stütze darin, daß man gemäß der richtigen Erkenntnis dessen, daß die Mittäterschaft nur eine besondere Erscheinungsform der Täterschaft darstellt, eine gesetzliche Regelung über die Mittäterschaft überhaupt nicht mehr aufgenommen hat. Daraus erhellt schon, daß sich eine Abgrenzung zwischen Mittäter und Gehilfen nach den für die Täterschaft maßgebenden Gesichtspunkten, das würde wieder heißen, nach hauptsächlich objektiven Gesichtspunkten, vollziehen muß. Damit haben wir zugleich die in der Begründung[2]) aufgestellte Behauptung, daß auch hier subjektive Merkmale entscheidend sein sollen, widerlegt. Wollte man wirklich in beiden Fällen mit der Begründung zu dem Entwurf einer subjektiven Theorie das Wort reden, so hätte man einen andern Gesetzeswortlaut wählen müssen.

§ 12.

b) Der Gegenentwurf 1911 (G. E.)

Im Gegenentwurf von 1911 findet sich im § 27 eine Normierung des Versuchsbegriffs, die inhaltlich mit den §§ 43 StGB. und 75 V. E. übereinstimmt, sodaß das Unterscheidungsmerkmal zwischen Versuchs- und Vorbereitungshandlungen das gleiche bleibt.

Anders dagegen steht es mit der sich aus dem Gegenentwurf mit Notwendigkeit ergebenden Abgrenzung zwischen Mittäterschaft und Beihilfe. Die Begriffsbestimmung der Mittäterschaft weicht wesentlich von der heute geltenden ab, da im § 31 G. E. hierhin auch Fälle gehören, in denen schon ein bloßes „Mitwirken" bei der Ausführung genügt. Es würde mithin schon ein Wachestehen beim Diebstahl eines

[1]) Begründung zum V. E. 1909 Seite 285.
[2]) Begründung zum V. E. 1909 zu § 79 S. 305 ff.

anderen genügen, um eine Mittäterschaft daraus herzuleiten; wir müssen also feststellen, daß zum mindesten der Begriff der Mittäterschaft gegenüber dem geltenden Recht wesentlich geändert ist, da hier eine Erweiterung auf Kosten der heute als Gehilfenschaft geltenden Tätigkeit erfolgt ist. Für die Beihilfe können demnach nur wenige Fälle übrig bleiben, wie dies auch durch § 33 G. E. bestätigt wird, der eine positive Regelung der Beihilfe nicht liefert, sondern sich lediglich darauf beschränkt, hierhin alle die Fälle zu zählen, die nicht unter die im § 31 gegebene Begriffsbestimmung fallen. Da die Mitwirkung bei der Ausführung als Mittäterschaft bestraft wird, können für die Beihilfe nur die Fälle übrig bleiben, wo es sich um ein Mitwirken bei einer Vorbereitungshandlung handelt, wie dies auch Birkmeyer [1]) zum Ausdruck bringt. Daß aber mit dieser Erweiterung des Begriffes der Mittäterschaft eine Annäherung an die subjektive Theorie erfolgt ist, kann man nicht behaupten. Die Merkmale für eine Abgrenzung zwischen Mittäterschaft und Beihilfe sind zwar zu Gunsten der Mittäterschaft stark erweitert, aber trotzdem objektive geblieben.

§ 13.

c) Die Entwürfe von 1913 und 1919.

Dagegen müssen wir zugeben, daß in den Entwürfen von 1913 und 1919 der Boden der objektiven Theorie verlassen ist. Die aus beiden Entwürfen für unsere Arbeit in Frage kommenden Gesetzesbestimmungen stimmen fast wörtlich miteinander überein, sodaß es genügen wird, einen von den beiden herauszunehmen und nur diesen näher zu beleuchten. Halten wir uns zu diesem Zwecke an den jüngeren Entwurf, an den Kommissionsentwurf von 1919.

Im Unterschied zu dem geltenden Recht und den bisher besprochenen Entwürfen ist in die Begriffsbestimmung des Versuchs hier zum ersten Mal ein subjektives Moment hineingenommen, wenn es im § 23 des Kommissionsentwurfs (K. E.) von 1919 heißt: „Wer den Vorsatz, eine Straftat zu begehen, durch Handlungen betätigt, welche die Tat zur Ausführung bringen sollen, ist, wenn die Tat nicht vollendet wird, wegen Versuchs zu bestrafen."

Eine Übereinstimmung mit dem geltenden Recht ist insofern vorhanden, als auch hier die Grenze zwischen Versuch und Vorbereitung durch die Ausführungshandlung gekennzeichnet wird, jedoch wird durch die Worte „Handlungen, welche die Tat zur Ausführung bringen sollen", zum Ausdruck gebracht, daß es lediglich darauf ankommt, was

[1]) Birkmeyer, Teilnahme am Verbrechen, im Vergl. Darstellung .... Seite 150.

sich der Täter als Erfolg seines Tuns vorstellt, ganz gleich, ob sich der jeweilige Deliktstatbestand als solcher überhaupt realisieren läßt.

Auch die Scheidung zwischen Mittäterschaft und Beihilfe muß bei diesem Entwurf im Sinne der subjektiven Theorie gefunden werden. Das kommt durch § 27 K. E. 1919 klar zum Ausdruck, wo es heißt: „Mittäter ist, wer mit einem anderen den Vorsatz, mit einem anderen gemeinsam eine Straftat zu begehen, gemeinsam verwirklicht." Bei dieser Formulierung kann es keinem Zweifel unterliegen, daß z. B. der beim Diebstahl wachestehende Mittäter ist, falls ihm nur der animus auctoris eignet, während er gemäß § 29 als Gehilfe zu bestrafen wäre, falls er nur den animus socii hat. Außerdem wäre aus § 29 noch herzuleiten, daß in Verbindung mit § 28 die akzessorische Natur der Teilnahme fallen gelassen ist, sodaß eine Bestrafung des Teilnehmers auch da erfolgen könnte, wo es an der eigentlichen Haupttat fehlt.

Wie wenig brauchbar ein solcher Anschluß an die subjektive Theorie ist, haben wir bereits an anderer Stelle nachgewiesen.

§ 14.

d) Der Entwurf 1925.

Der Entwurf von 1925 lehnt sich in Bezug auf unsere Frage eng an die Judikatur des Reichsgerichts, das würde also heißen, er ist im wesentlichen auf der Grundlage der subjektiven Theorie aufgebaut. Dies bestätigt der Wortlaut des § 23, wo es heißt: „Wer den Entschluß, eine strafbare Handlung zu begehen, durch Handlungen betätigt, die nach seiner Vorstellung den Anfang der Ausführung bilden, ist wegen Versuchs zu bestrafen."

Offenbar wollte § 25 mit dieser Fassung den untauglichen Versuch mit einbeziehen. Daß ihn dies aber mit der subjektiven Fassung des Versuchsbegriffs nicht gelingt, beweist schon der Umstand, daß nach § 23, I dieses Entwurfs derjenige Täter, welcher der Ansicht ist, seine Handlung bilde noch keinen Anfang der Ausführung, der Strafe entgehen würde.[1])

Andererseits genügt zur Strafbarkeit wiederum nur die Betätigung des Vorsatzes, ohne daß es auf die Qualität der Handlung ankommt, wenn diese nur nach Ansicht des Täters einen Anfang der Ausführung bildet. Daß man mit einer solchen Definition des Versuchsbegriffs oft unbillige Resultate erzielen würde, darüber war man sich bei der Fassung des Entwurfs jedenfalls auch im klaren; denn wie wäre man sonst dazu gekommen, eine Ausnahme

[1]) Graf zu Dohna in; Reform des Strafrechts S. 97.

von der Regel dadurch zu machen, daß man in Anlehnung an die bekannte Reichsgerichtsentscheidung im Band 33 Seite 321 bezüglich der Nichtstrafbarkeit des sog. Totbetens solche Fälle ausschied, indem man hierfür eine ausdrückliche Regelung traf und im § 23 Absatz 4 normierte: „Der Versuch bleibt straflos, wenn der Täter die Tat aus grober Unwissenheit über Naturgesetze an einem Gegenstand oder mit einem Mittel versucht hat, an oder mit dem die Tat überhaupt nicht ausgeführt werden kann."

Zu dem Bedenken über die praktische Brauchbarkeit einer solchen Gesetzesbestimmung würde sich noch ein neues dadurch hinzugesellen, daß der § 23 Abs. 2 in Verbindung mit § 72 dem Richter bezüglich des Strafmaßes nur eine Grenze nach oben setzt, ihm aber im übrigen freie Hand läßt, eine Bestimmung, die deswegen aufgenommen ist, weil der Entwurf in der Regel Vollendung und Versuch mit gleicher Strafe belegt.

Bei der Scheidung von Mittäterschaft und Beihilfe hat sich der Entwurf von 1925 merkwürdigerweise wieder auf objektiven Boden gestellt; denn nach § 26 ist Gehilfe, wer vorsätzlich einem anderen die Ausführung einer strafbaren Handlung erleichtert. Nicht ist jemand der Hauptschuldige, weil er innerlich am meisten beteiligt ist, sondern weil er die Hauptsache getan hat und die Art und Weise seines Tuns erweist, daß er „den stärksten innerlichen Anteil an der strafbaren Handlung" hatte.[1])

Zugegeben den Subjektivisten, daß auch die Ausführungshandlung kein scharf umrissener Begriff ist, daß auch an ihr etwas subjektives haftet, so verdient sie doch den Vorzug gegenüber den rein subjektiven Begriffen animus auctoris und animus socii. Mit Recht sagt Wegner: „Vornahme der Ausführungshandlung ist uns ein Indiz für den höchsten Grad verbrecherischer Energie. Es ist eine kühle, von Sympathie und Antipathie unberührte Vorstellung, die wir mit bestimmten Handlungen verbinden, ohne dabei an die ausführenden Menschen zu denken."[2])

Somit hätten wir im 1925 genau dieselbe Begriffsbestimmung wie heute im geltenden Recht, ein Unterschied besteht nur bezüglich der Bestrafung, da im geltenden Rechte eo ipso eine mildere Strafe eintritt als beim Täter, während im Entwurf 1925 der Gehilfe grundsätzlich gleich einem Täter bestraft wird (§ 26).

---

[1]) Wegner S. 105.
[2]) Wegner S. 108.

III. Die Ausführungshandlung im Entwurf 1927.

§ 15.

Den bisher geschilderten Entwürfen kommt insofern nur wenig Bedeutung zu, als sie durch den Entwurf von 1927 überholt sind und als gerade dieser Entwurf es ist, der die Grundlage des zukünftigen Strafgesetzbuches bilden soll und auch wohl bilden wird. Es wird daher interessant sein zu prüfen, wie weit dieser Entwurf einmal der Forderung, sich grundsätzlich der einen oder der anderen Theorie anzuschließen, Rechnung getragen hat und wie andererseits unsere Probleme im einzelnen gelöst werden.

Der Entwurf bestimmt im § 26: „Wer den Entschluß, eine mit Strafe bedrohte Tat zu begehen, durch Handlungen betätigt, die den Anfang der Ausführung bilden oder nach dem Sachverhalt, den er sich vorstellt, bilden würden, ist wegen Versuchs zu bestrafen."

Diese Definition zeigt, soweit man den ersten Halbsatz zu Grunde legt, d. h. so weit der Versuchsbegriff als solcher charakterisiert wird, eine deutliche Anlehnung an den § 43 des geltenden Strafgesetzbuches. Uns interessiert vor allen Dingen, daß auch hier wieder das Kennzeichen durch das Wort „Ausführung" geliefert wird, daß dieser Begriff also das Scheidungsmerkmal zwischen Vorbereitung und Versuch — und damit also auch der Täterschaft — gibt. Daraus folgt notwendig, daß der Entwurf von 1927 sich mehr der objektiven Theorie nähert.

Nun werden uns die Subjektivisten entgegenhalten, daß der zweite Halbsatz ihrer Auffassung zum Siege verhilft. Sie würden etwa ausführen, daß mit dem Worte „vorstellen" eine Begriffsbestimmung gegeben wird, die schon, wie der Wortsinn sagt, ein subjektives Gepräge hat und nur in ihrem Sinne ausgelegt werden könne. Diese Bedenken können uns aber keineswegs wankend machen und zwar aus folgenden Gründen. Die Definition des Versuchsbegriffs als solchem ist bereits mit dem ersten Halbsatz des Absatz 1 § 26 gegeben. Der zweite Halbsatz bedeutet eine Erweiterung des Versuchsbegriffs nur insofern als man es sich bei der Fassung des Gesetzeswortlauts angelegen sein ließ, eine Regelung auch für die Fälle des heiß umstrittenen untauglichen Versuchs zu treffen. Damit wird aber von dem, was der erste Halbsatz zum Ausdruck bringt, nämlich der Definition des Versuchsbegriffs, nichts geändert. Die Anhänger der subjektiven Theorie werden ihre Ansicht nur bezüglich des untauglichen Versuchs bestätigt finden, es ist aber unwiderlegbar, daß der Versuchsbegriff als solcher in Anlehnung an die objektive Theorie fixiert ist.

Interessant ist uns auch, daß in Abweichung von früheren Entwürfen im Entwurf von 1927 der Versuch wiederum mit geringerer Strafe belegt wird als die Vollendung (§ 26,2). Hierdurch wird unsere Ansicht nur noch gestützt; denn sollte der Versuchsbegriff des § 26 wirklich im Sinne der Subjektivisten ausgelegt werden müssen, dann würde die mildere Bestrafung jeden vernünftigen Grundes entbehren. Denn die verbrecherische Gesinnung, die die Subjektivisten doch in erster Linie bestraft wissen wollen, ist beim Versuch zum mindesten genau so stark wie bei der Vollendung, ja es lassen sich Fälle denken, in denen die verbrecherische Gesinnung mit dem Fortschreiten der Tat geringer wird.

Und was die Abgrenzung der Mittäterschaft von der Beihilfe anbetrifft, so sind hier Zweifel ganz ausgeschlossen: „Wenn mehrere eine Tat gemeinschaftlich ausführen" und „wer vorsätzlich einem anderen zu einer Tat Hilfe leistet", definiert der Entwurf im § 28 resp. § 30. „Ausführen" auf der einen und „Hilfe leisten" auf der anderen Seite, das gerade sind die Merkmale, die die größere Berechtigung einer Auslegung im Sinne der objektiven Theorie hinreichend rechtfertigen. Ein Streit über Tatbestände — wie z. B. das Wachestehen beim Diebstahl — wird durch die Definition des Entwurfs über die Mittäterschaft und die Beihilfe schlechthin gegenstandslos.

Andererseits muß auch hier wieder zugegeben werden, daß mit einer Auslegung im Sinne der obigen Theorie auch im Entwurf von 1927 nicht auszukommen sein wird, daß vielmehr immer wieder die normative Wertung des Richters hinzukommen muß. Denn wenn nach diesem Entwurf das Wort „Ausführung" auch objektiv ausgelegt werden soll, so setzen die Schwierigkeiten wieder da ein, wo es sich um den „Anfang der Ausführung" handelt, und diese Schwierigkeiten werden auch in Zukunft nur auf dem von uns geschilderten Wege zu beseitigen sein. Ein eigentliches Kriterium für das Wort „Ausführung" liefert uns auch der Entwurf von 1927 nicht.

Lebenslauf.

Ich wurde geboren am 12. April 1900 zu Witten a. Ruhr als Sohn des Kaufmanns Martin Hönscheidt und seiner Ehefrau Maria, geb. Orbach. Ich bin katholischer Konfession.

Von 1906 bis 1910 besuchte ich die Volksschule in Essen, von Ostern 1910 bis Ostern 1912 das Gymnasium Essen-Bredeney, von Ostern 1912 bis zu meiner Einziehung zum Heeresdienst im Jahre 1918 das Reformgymnasium zu Essen-Rüttenscheid (Goetheschule).

Nach Beendigung des Krieges setzte ich meine unterbrochene Gymnasialbildung auf dieser Schule fort und bestand dortselbst im März 1919 das Abiturientenexamen.

In den folgenden Jahren betätigte ich mich als Kaufmann. Von Ostern 1924 bis Ostern 1926 studierte ich in Bonn die Rechts- und Staatswissenschaften und setzte diese Studien in den folgenden Jahren in Rostock fort, wo ich am 21. Dezember 1928 die mündliche Doktorprüfung ablegte.

An dieser Stelle sage ich meinen akademischen Lehrern meinen herzlichen Dank für die mir gewordene Förderung bei meinem Studium. Besonderen Dank schuldige ich Herrn Geh. Rat Professor Dr. Wachenfeld, der leider kurz vor Beendigung meiner Dissertation aus dem Leben gerissen wurde, sowie Herrn Professor Dr. Erik Wolf, in deren Übungen und Seminaren ich wertvolle Anregungen gefunden habe, und die mir bei der Anfertigung der vorliegenden Arbeit mit ihrem hochgeschätzten Rat gerne zur Seite gestanden haben.